التّكملة الثّانيَة

المجموع

شَرح المهَذّب

الجزء السادس عشر

النّاشر
المكتبة السّلفية
المدينة المنوّرة

كتاب العتق

(الشارح) الرق ظاهرة اجتماعية سادت فى الأرض قبل الإسلام ، وتوغلت فى حياة المجتمعات البشرية حتى صارت لا يقوم المجتمع قائمة إلا بوجوده لأن القوى العاملة فى المجتمع التى تمثل عصب الانتاج وتحقيق المنجزات الاقتصادية من زراعية وعمرانية وصناعية كانت تقوم على أيدى الأرقاء ، وقد أدركت الدولة الرومانية أهمية هذه الفئة فى حفظ كيان الدولة فحرمت على الأفراد فى القانون الرومانى أن يعتقوا عبيدهم ، وكانت تحكم بالسجن أو التعذيب أو فرض الرق على من يضبط متلبساً بجريمة عتق عبد له ، وكانت مصادر الرق متنوعة فشعوب الأمم المغلوبة عسكريا تسترق للغالب من القواد والملوك الجبابرة ، والجنود توزع عليهم الأسلاب ومنها رجال ونساء هذه الأمم المقهورة ، وكل إنسان يخطف من بلده ويفر به خاطفوه إلى أحيائهم ومضاربهم ونجوعهم يصير عبداً مسترقا لخاطفيه لهم بيعه وهبته وتوارثه ويملكون حياته وموته وليس له حرمة فى تلك المجتمعات الجاهلية فارسية ورومانية وعربية وشرقيه وغربية .

فلما جاء الاسلام وهو فى منهجه الرصين سماوى الهداية ، وفى تغييره الجذرى ثورى الوسيلة ، وفى تدرجه الرزين تربوى التعليم ، وفى نظرته لهذه الفئة رحيم السلوك ، راقى الاحساس ، رفيع الغاية ، جفف منابع الرق ، ويسر مصافيه ، وضيق مصادره ووسع موارده ، وقصره على الحروب وحدها وجعله بين المحاربين فقط لا يتجاوزه الى الآمنين ممن لم يرفعوا سلاحا ، ثم نظم العلاقة بين السيد ومولاه حتى ليتمنى الحر منا أن يكون مولى لاحد هؤلاء النبلاء من حواريى النبوة وجنود الرسالة ، بل إن الاسلام حين جعل المرء لا يحط عنه وزر القسم الحانث إلا بعتق رقبة ، ولا تنداح عنه معرة الظهار حين يجعل إمرأته كظهر أمه إلا بعتق رقبة من قبل أن يتماسا ، وجعل فى تعمد الطعام فى الصوم إعتاق رقبة ، وجعل المؤمن الحق الذى اقتحم العقبة ، هو الذى يفك الرقاب العانية ، ويطعم فى المسغبة المساكين الكادحة .

بل لقد جعل اللطمة على وجه العبد فكاكاً له من الرق وجعل جزاء اللطمه عتقه فمن لم يفعل مسته النار .

ثم إن الاسلام جعل من عوامل تصفية الرق المكاتبه لقوله تعالى « فكاتبوهم إن علمتم فيهم خيراً وآتوهم من مال الله الذى آتاكم » فجعل للعبد الحق فى أن يطلب من سيده شراء نفسه مكاتبة بنجوم وأقساط يؤديها من صنعته أو عمله ، وعلى سيده أن يمنحه كل أسباب اليسر وإعطاؤه بعض المال ليكون بمثابه رأس مال له فى الحياة يواجه به أعباء الاستقلال عن سيده ، ومن عوامل تصفيته التدبير ؛ وهو أن يجعل رقه فى حياته ثم يكون حراً بعد موته ، ومن أسباب تصفيته أيضاً تحريم ميراث أم الولد ، وهو تحرير لها ولاريب ، لذلك نزجى اليك فصول العتق والمكاتب والمدبر شاهدة على صدق هذه القضيه التى بسطناها لك فى هذه الكلمه مجتزئين بها عن الشرح والتعليق لنوفر مكانا على الورق نبذله فيما لم تتعطل أحكامه ، وسبحان ربك رب العزة عما يصفون وسلام على المرسلين والحمد لله رب العالمين .

قال المصنف رحمه الله تعالى :

العتق قربة مندوب اليه ، لما روى أبو هريرة رضى الله عنه أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : من أعتق رقبة أعتق الله بكل عضو منها عضوا منه من النار حتى فرجه بفرجه ، ولا يصح إلا من مطلق التصرف فى المال لأنه تصرف فى المال كالبيع والهبه ، فإن أعتق الموقوف عليه العبد الموقوف لم يصح عتقه لانه لا يملكه فى أحد القولين ويملكه فى الثانى الا أنه يبطل به حق البطن الثانى فلم يصح ، وان أعتق المريض عبداً وعليه دين يستغرقه لم يصح لأن العتق فى المرض وصيه فلم يصح مع الدين ، وان أعتق العبد الجانى ، فعلى ما ذكرناه فى العبد المرهون .

(فصل) ويصح بالصريح والكنايه وصريحه العتق والحريه لانه ثبت لهما عرف الشرع وعرف اللغه والكنايه كقوله : سيبتك وخليتك وحبلك على غاربك ولاسبيل لى عليك ولا سلطان لى عليك وأنت لله وأنت طالق وما أشبهها لانها تحتمل العتق فوقع بها العتق مع النيه .

وفى قوله فككت رقبتك وجهان (أحدهما) أنه صريح لانه ورد به القرآن قال الله سبحانه فك رقبة (والثانى) أنه كناية لأنه يستعمل فى العتق وغيره ، وان قال لأمته : أنت على كظهر أمى ونوى العتق ففيه وجهان . أحدهما : تعتق لأنه لفظ يوجب تحريم الزوجة فكان كناية فى العتق كسائر الطلاق . والثانى : لا تعتق لانه لا يزيل الملك فلم يكن كناية فى العتق بخلاف الطلاق .

(فصل) وان كان بين نفسين عبد فأعتق أحدهما نصيبه ، فان كان موسراً قوم عليه نصيب شريكه وعتق ، لما روى ابن عمر رضى الله عنه أن النبى صلى الله عليه وسلم قال من أعتق شركا له فى عبد ، فإن كان معه مايبلغ ثمن العبد قوم عليه قيمة عدل وأعطى شركاه حصصهم وإلا فقد عتق منه ما عتق ورق منه مارق ، وان كان بين مسلم وكافر عبد مسلم فأعتق الكافر حصته وهو موسر فالمنصوص أنه يقوم عليه ، فمن أصحابنا من قال : إذا قلنا ان الكافر لا يملك العبد المسلم لم يقوم عليه لان التقويم يوجب التمليك .

ومنهم من قال : يقوم عليه قولا واحداً لانه تقويم متلف فاستوى فيه المسلم والكافر كتقويم المتلفات ، ويخالف البيع لان القصد منه التمليك وفى ذلك صغار على الاسلام والقصد من التقويم العتق ولا صغار فيه ، فان كان نصف العبد وقفا ونصفه طلقا فأعتق صاحب الطلق نصيبه لم يقوم عليه الوقف لان التقويم يقتضى التمليك والوقف لا يملك ، ولان الوقف لا يعتق بالمباشرة فلأن لا يعتق بالتقويم أولى .

(فصل) وتجب قيمة النصيب عند العتق لأنه وقت الاتلاف ومتى يعتق فيه ثلاثه أقوال .

أحدها : يعتق فى الحال ، فإن كانت جارية فولدت كان الولد حراً ، لما روى أبو المليح عن أبيه أن رجلا أعتق شقصا له من غلام فذكر ذلك للنبى صلى الله عليه وسلم فقال ليس لله شريك ، وفى بعضها فأجاز عتقه .

والثانى : أنه يقع بدفع القيمة ، فان كان جارية فولدت كان نصف الولد حراً ونصفه مملوكا ، لما روى سالم عن أبيه يبلغ به النبى صلى الله عليه وسلم إذا كان

العبد بين اثنين فأعتق أحدهما نصيبه ، فان كان موسراً يقوّم عليه ولا وكس ولا شطط ثم يعتق ، ولأنه عتق بعوض فلا يتقدم على العوض ، كعتق المكاتب . والثالث إنه مراعى فإن دفع العوض حكمنا بأنه عتق فى الحال وإن لم يدفع حكمنا بأنه لم يعتق لأنا إذا أعتقناه فى الحال أضررنا بالشريك فى إتلاف ماله قبل أن يسلم له العوض ، وإن لم نعتقه أضررنا بالعبد فى إبقاء أحكام الرق عليه ، فاذا قلنا إنه مراعى لم يكن على كل واحد منهما ضرر ، فان دفع القيمة كان حكمه حكم القول الاول ، وإن لم يدفع كان حكمه حكم القول الثانى ، فان بذل المعتق القيمة أجبرنا الشريك على قبضها ، وإن طلب الشريك أجبرنا المعتق على دفعها ، فان أمسك الشريك عن الطلب والمعتق عن الدفع وقلنا إن العتق يقف على الدفع فللعبد أن يطالب المعتق بالدفع والشريك بالقبض ليصل إلى حقه ، فان أمسك الجميع فللحاكم أن يطالب بالدفع والقبض لما فى العتق من حق الله تعالى ، فان أعتق الشريك نصيبه قبل أخذ القيمة ففيه وجهان

(أحدهما) وهو قول أبى على بن ابى هريرة انه يعتق لأنه عتق صادف ملكه (والثانى) وهو المذهب انه لا يعتق لأن العتق مستحق من جهة المعتق والولاء مستحق له فلا يجوز إبطاله عليه .

(فصل) وإن كان بين اثنين جارية فأحبلها أحدهما ثبت حرمة الاستيلاد فى نصيبه وفى نصيب الشريك الاقوال التى ذكرناها فى العتق ، لأن الاستيلاد كالعتق فى إيجاب الحرية فكان كالاعتاق فى التقويم والسرايه

(فصل)

وان اختلف المعتق والشريك فى قيمة العبد والبينة متعذرة ، فان قلنا انه يسرى فى الحال فالقول قول المعتق لأنه غارم لما استهلكه فكان القول قوله ، كما لو اختلفا فى قيمة ما أتلفه بالجناية .

وإن قلنا لا يعتق إلا بدفع القيمة فالقول قول الشريك لأن نصيبه باق على ملكه فلا ينزع منه إلا بما يقر به كالمشترى فى الشفعة . وان ادعى الشريك انه كان يحسن صنعة تزيد بها القيمة فأنكر المعتق ففيه طريقان من أصحابنا من قال

هو كالاختلاف فى القيمه ، وفيه قولان ومنهم من قال القول قول المعتق قولا واحداً لأن الظاهر معه والشريك يدعى صنعه الاصل عدمها ؛ وان ادعى المعتق عيباً فى العبد ينقص به القيمه وأنكر الشريك ففيه طريقان أيضا ، من أصحابنا من قال هو كالاختلاف فى القيمه فيكون على قولين . ومنهم من قال القول قول الشريك قولا واحداً ، لأن الظاهر معه ، والمعتق يدعى عيباً الأصل عدمه .

(فصل) وان كان المعتق معسراً عتق نصيبه وبقى نصيب الشريك على الرق والدليل عليه حديث ابن عمر رضى الله عنه : وإلا فقد عتق منه ما عتق ورق منه مارق ؛ ولأن تنفيذ العتق لدفع الضرر عن العبد ، فلو أعتقنا نصيب الشريك لأضررنا به لانا نتلف ماله ولا يحصل له عوض ، والضرر لا يزال بالضرر ، ولهذا لو حضر الشفيع وهو معسر لم يأخذ بالشفعه لانه يزيل الضرر بالضرر . وإن كان موسراً بقيمه البعض عتق منه بقدره ، لان ما وجب بالاستهلاك اذا عجز عن بعضه وجب ما قدر عليه كبدل المتلف ، وإن كان معه قيمه الحصه وعليه دين يستغرق ما معه ، ففيه قولان ، بناء على القولين فى الدين هل يمنع وجوب الزكاة ، فان قلنا لا يمنع وجب عليه العتق ، وان قلنا يمنع لم يجب العتق .

(فصل) وان ملك عبداً فأعتق بعضه سرى إلى الباقى لانه موسر بالقدر الذى يسرى اليه فسرى اليه ، كما لو أعتق شركاً له فى عبد وهو موسر

(فصل)

وإن أوصى بعتق شرك له فى عبد فأعتق عنه لم يقوم عليه نصيب شريكه ، وان احتمله الثلث ، لانه بالموت زال ملكه فلا ينفذ إلا فيما استثناه بالوصيه ، وإن وصى بعتق نصيبه وبأن يعتق عنه نصيب شريكه والثلث يحتمله قوم عليه وأعتق عنه الجميع ، لأنه فى الوصيه بالثلث كالحى ، فاذا قوم على الحى قوم على الميت بالوصيه .

(فصل) وإن كان عبد بين ثلاثة لأحدهم النصف وللآخر الثلث وللثالث السدس فأعتق صاحب الثلث والسدس نصيبهما فى وقت واحد وكانا موسرين قوم نصيب الشريك عليهما بالسوية ، لأن التقويم استحق بالسراية فقسط على عدد الرءوس كما لو اشترك اثنان فى جراحة رجل فجرحه أحدهما جراحة والآخر جراحات .

(فصل) وإن كان له عبدان فأعتق أحدهما بعينه ثم أشكل أمر بأن يتذكر فإن قال : أعتقت هذا قبل قوله لأنه أعرف بما قال فإن اتهمه الآخر حلف لجواز أن يكون كاذباً ، فإن نكل حلف الآخر وعتق العبدان أحدهما بإقراره والآخر بالنكول واليمين ، وإن قال هذا بل هذا عتقا جميعاً لأنه صار راجعا عن الأول مقراً بالثانى ، فإن مات قبل أن يبين رجع الى قول الوارث ، لأن له طريقا الى معرفته ، فإن قال الوارث لا أعلم فالمنصوص أنه يقرع بينهما لأنه ليس أحدهما بأولى من الآخر فرجع الى القرعة ، ومن أصحابنا من خرج فيه قولا آخر أنه يوقف الى أن ينكشف لان القرعة تفضى الى أن يرق من أعتقه ويعتق من أرق فوجب أن يوقف الى أن يتبين والأول هو الصحيح ؛ لأن البيان قد فات والوقوف يضر بالوارث فى رقيقه وبالحر فى حق نفسه .

(فصل) وإن أعتق عبداً من أعبد أخذ بتعيينه وله أن يعين من شاء ، فان قال : هو سالم بل غانم عتق سالم ولم يعتق غانم لانه تخير لتعيين عتق فاذا عينه فى واحد سقط خياره فى الثانى ، ويخالف القسم قبله لان ذلك أخبار لا خيار له فيه فلم يسقط حكم خبره . فان مات قبل أن يعين ففيه وجهان .

أحدهما : لا يقوم الوارث مقامه فى التعيين كما لا يقوم مقامه فى تعيين الطلاق فى احدى المرأتين فعلى هذا يقرع بينهما فمن خرجت له القرعة عتق . والثانى : يقوم مقامه وهو الصحيح لأنه خيار ثابت يتعلق بالمال فقام الوارث فيه مقامه كخيار الشفعه والرد بالعيب .

(فصل) ومن ملك أحد الوالدين وان علوا أو أحد المولودين وان سفلوا

عتقوا عليه لقوله تعالى « تكاد السموات ينفطرن منه وتنشق الأرض وتخر الجبال هدًا أن دعوا للرحمن ولدا وما ينبغي للرحمن أن يتخذ ولدا ان كل من في السموات والأرض الا آتي الرحمن عبدا » فنفي الولادة مع العبودية فدل على انهما لا يجتمعان ، ولأن الولد بعض منه فيصير كما لو ملك بعضه ، وإن ملك بعضه ، فان كان بسبب من جهته كالبيع والهبة وهو موسر قوم عليه الباقي لأنه عتق بسبب من جهته فصار كما لو أعتق بعض عبد ، وان كان بغير سبب من جهته كالارث لم يقوم عليه لأنه عتق من غير سبب من جهته ، ومن ملك من سوى الوالدين والمولودين من الأقارب ولم يعتق عليه لأنه لا بعضية بينهما فكانوا كالأجانب ، وان وجد من يعتق عليه مملوكا فالمستحب أن يشتريه ليعتق عليه ، لقوله صلى الله عليه وسلم « لا يجزى ولد والده إلا أن يجده مملوكا فيشتريه فيعتقه » ولا يجب عليه ذلك لأنه استجلاب مال لقربة لم يتقدم وجوبها فلا يجب كشراء المال للزكاة ، وإن وصى للمولى عليه بأبيه ، فان كان لا تلزمه نفقته وجب على الولي قبوله لانه يعتق عليه فيحصل له جمال عاجل وثواب آجل من غير اضرار وان كان تلزمه نفقته لم يجب قبوله لأنه يعتق عليه ويطالب بنفقته ، وفي ذلك اضرار فلم يجز ؛ وإن وصى له ببعضه ، فان كان معسراً لزمه قبوله لانه لا ضرر عليه من جهة التقويم ولا من جهة النفقة ، وإن كان موسراً والأب ممن تلزمه نفقته لم يجب قبوله لأنه تلزمه نفقته وفي ذلك إضرار ؛ وإن كان لا تلزمه نفقته ففيه قولان .

(أحدهما) لا يجوز قبوله لان ملكه يقتضي التقويم ، وفي ذلك اضرار .

(والثاني) يلزم قبوله ولا يقوم عليه لأنه يعتق عليه بغير اختياره فلم يقوم عليه كما لو ملكه بالارث .

باب القرعة

والقرعة أن تقطع رقاع متساوية ويكتب في كل رقعة مايراد اخراجه وتجعل في بنادق من طين متساوية الوزن والصفة وتجفف وتغطى بشيء ثم يقال لرجل لم يحضر الكتابة والبندقة أخرج بندقه ويعمل بما فيها فان كان القصد عتق الثلث

جزئوا ثلاثة أجزاء ، وإن كان القصد عتق الربع جزئوا أربعة أجزاء ، وإن كان القصد عتق النصف جزئوا جزأين وتعدل السهام ، فإن كان القصد عتق الثلث فإن كان عددهم وقيمتهم متساوية ، فإن كانوا ستة أعبد قيمة كل واحد منهم مائة جعل كل اثنين جزءاً ، ثم الحاكم بالخيار بين أن يكتب في الرقاع الأسماء ويخرج الاسماء على الحريه والرق ، وبين أن يكتب الرق والحريه ويخرج على الأسماء ، فإن اختار كتب الأسماء كتب كل اسمين في رقعة ، فان شاء أخرج القرعة على الحرية ، فاذا خرجت القرعة باسم اثنين عتقا ورق الباقون ، وإن شاء أخرج على الرق ، فاذا خرجت رق من فيها ثم يخرج قرعة أخرى على الرق ، فاذا خرجت رق من فيها ويعتق الباقيان ، والاخراج على الحريه أولى لأنه أقرب إلى فصل الحكم ، فان اتفق العدد واختلفت القيم وأمكن تعديل العدد بالقيمه بأن يكونوا ستة قيمة اثنين أربعمائه وقيمة اثنين ستمائه وقيمة اثنين مائتان جعل اللذان قيمتهما أربعمائه جزءا وضم أحد العبدين المقومين بستمائه الى أحد العبدين المقومين بمائتين ويجعل العبدان الاخران جزءا ويخرج القرعه على ماذكرناه من الوجهين .

وإن اختلفت قيمتهم ولم يتفق عددهم بأن كانوا ثمانيه قيمة واحد مائه وقيمة ثلاثه مائه وقيمة أربعه مائه عدلوا بالقيمه ، فيجعل العبد جزءا والثلاثه جزءا والأربعه جزءا ، فان خرجت قرعة العتق على العبد عتق ورق السبعه . وان خرجت على الثلاثه عتقوا ورق الخمسه . وان خرجت على الأربعه عتقوا ورق الاربعه لأنه لايمكن تعديلهم بغير القيمه فعدلوا بالقيمه . وعلى هذا لو كانوا اثنين قيمة أحدهما مائه وقيمة الاخر مائتان جعلا جزأين وأقرع بينهما ، فان خرجت قرعة العتق على المقوم بمائة عتق جميعه ورق الاخر ، وان خرجت على المقوم بمائتين عتق نصفه ورق نصفه وجميع الاخر ، فان اتفق العدد واختلفت القيم فان عدل بالعدد اختلفت القيم ؛ وان عدل بالقيمه اختلف العدد بأن كانوا ستة قيمة واحد مائه وقيمة اثنين مائه وقيمة ثلاثه مائه فالمنصوص أنهم يعدلون بالقيمه فيجعل العبد جزءا والعبدان جزءا والثلاثه جزءا وتخرج القرعه على ما ذكرناه من الوجهين .

ومن أصحابنا من قال يعدلون بالعدد فيجعل اللذان قيمتهما مائة جزءا ويضم أحد الثلاثة إلى المقوم بمائه فيجعلان جزءا وقيمتهما مائة وثلث ويجعل الاخران جزءا وقيمتهما ثلثمائة وأقرع بينهم فان خرجت القرعة على المقومين بالمائه وقد استكملا الثلث ورق الباقون ، وان خرجت على العبدين المقوم أحدهما بمائه والاخر بثلث المائه عتقا ورق الأربعة الباقون ويقرع بين العبدين اللذين خرجت القرعة عليهما لأنهما أكثر من الثلث فلم ينفذ العتق فيهما . فان أقرع فخرجت القرعة على المقوم بمائة عتق ورق الاخر ، وإن خرجت على المقوم بثلث المائة عتق وعتق من الاخر الثلثان لاستكمال الثلث ورق الباقي والصحيح هو المنصوص عليه لأن فيما قال هذا القائل يحتاج إلى إعادة القرعة وتبعيض الرق والحرية فى شخص واحد ، فان اختلف العدد والقيم ولم يمكن التعديل بالعدد ولا بالقيمة بأن كانوا خمسه وقيمة أحدهم مائه وقيمة الثانى مائتان وقيمة الثالث ثلثمائه وقيمة الرابع أربعمائه وقيمة الخامس خمسمائه ففيه قولان

(أحدهما) أنه يكتب أسماؤهم فى رقاع بعددهم ثم يخرج على العتق ، فإن خرج المقوم بخمسمائه وهو الثلث عتق ورق الاربعه . وإن خرج المقوم بأربعمائه عتق وقد بقى من الثلث مائه فيخرج اسم آخر ، فان خرج اسم المقوم بثلثمائه عتق منه ثلثه ورق باقيه والثلاثه الباقون ، وعلى هذا القياس يعمل فى كل ما يخرج .

والقول الثانى انهم يجزأون ثلاثة أجزاء على القيمه دون العدد فيجعل المقوم بخمسمائه جزءا ، ويجعل المقوم بثلثمائه والمقوم بالمائتين جزءا . ويجعل المقوم بأربعمائه والمقوم بمائه جزءا ثم يخرج القرعه ويعتق من فيها وهو الثلث ويرق الباقون لأن النبى صلى الله عليه وسلم جزأهم ثلاثة أجزاء

(فصل) قال الشافعى : وان أعتق ثلاثة أعبد لا مال له غيرهم فمات واحد ثم مات السيد أقرع بين الحيين والميت ، فان خرج سهم الحريه على الميت رق الاثنان وحكم من خرج عليه سهم الحريه حكم الاحرار منذ خوطب بالعتق إلى أن مات وكان له ما اكتسب واستفاد بارث وغيره . وان خرج سهم الحرية على أحد الحيين لم يعتق منه الا ثلثاه لأن الميت قبل موت سيده مات عبدا فلم يكن له حكم ما خلف السيد ، وان مات المعتق ولم يقرع بينهم حتى مات اثنان أقرع بين

الحى والميتين فان خرج بينهم العتق على الحى عتق كله وأعطى كل ما استفاد من يوم خوطب بالعتق ورق الميتان

(فصل) اذا أعتق فى مرضه ستة أعبد لامال له غيرهم فأعتق اثنان بالقرعه ثم ظهر مال يحتمل أن يعتق آخران جعل الاربعه جزأين وأقرع بينهم وأعتق منهم اثنان

(فصل) وان أعتق فى مرضه أعبدا له ومات وعليه دين يستغرق التركة لم ينفذ العتق ، لأن العتق فى المرض وصيه فلا ينفذ الا فى ثلث ما يفضل بعد قضاء الدين . وان استغرق نصفها جعل التركة جزأين ويكتب فى رقعه دين ، وفى رقعه تركة ، وان استغرق الثلث جعلوا ثلاثه أجزاء فى رقعه دين وفى رقعتين تركة ويقرع بينهم فمن خرجت عليه قرعه الدين بيع فى الدين وما سواه يجعل ثلاثه أجزاء ويعتق منه الثلث لأنه اجتمع حق الدين وحق التركة وحق العتق ، وليس بعضها بالبيع والارث والعتق بأولى من البعض وللقرعه مدخل فى تمييز العتق من غيره فأقرع بينهم

(فصل) وان أعتقهم ومات وأقرع بينهم وأعتق الثلث ثم ظهر دين مستغرق لم ينفذ العتق لما ذكرناه ، فان قال الورثه نحن نقضى الدين وننفذ العتق ففيه وجهان .

(أحدهما) أن لهم ذلك لأن المنع من نفوذ العتق لأجل الدين فاذا قضى الدين زال المنع (والثانى) انه ليس لهم ذلك لانهم تقاسموا العبيد بالقرعه وقد تعلق بهم حق الغرماء فلم يصح ، كما لو تقاسم شريكان ثم ظهر شريك ثالث ، فعلى هذا يقضى الدين ثم يستأنف العتق ، وان كان الدين يستغرق نصف التركة فهل يبطل العتق بالجميع ، فيه وجهان (أحدهما) يبطل كما قلنا فى قسمة الشريكين (والثانى) يبطل بقدر الدين لان بطلانه بسببه فيقدر بقدره ، فان كان الذى أعتق عبدين عتق من كل واحد منهما نصفه ورق النصف ثم يقرع بينهما لجمع الحريه فان خرجت القرعه لاحدهما وكانت قيمتهما سواء عتق وبيع الاخر فى الدين ، وان كانت قيمة أحدهما أكثر فخرجت القرعه على أكثرهما قيمة عتق منه نصف قيمة العبدين ورق باقيه والعبد الاخر . وان خرجت على أقلهما قيمة عتق وعتق من الثانى تمام النصف وبيع الباقى فى الدين

﴿ باب المــدبر ﴾

التدبير قربة لأنه يقصد به العتق ويعتبر من الثلث فى الصحة والمرض ، لما روى عن ابن عمر رضى الله عنهما أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : المدبر من الثلث ، ولأنه تبرع يتنجز بالموت فاعتبر من الثلث كالوصيه ، فإن دبر عبـدا وأوصى بعتق آخر وعجز الثلث عنهما أقرع بينهما . ومن أصحابنا من قال فيه قول آخر أنه يقدم المدبر لأنه يعتق بالموت والموصى بعتقه لا يعتق بالموت والصحيح هو الأول لأن لزومهما بالموت فاستويا

(فصـل) ويصح من السفيه لأنه إنما منع من التصرف حتى لا يضيع ماله فيفتقر وبالتدبير لا يضيع ماله لأنه باق على ملكه ، وإن مات استغنى عن المال وحصل له الثواب ، وهل يصح من الصبي المميز ، فيه قولان (أحدهما) أنه يصح لما ذكرناه فى السفيه (والثانى) لا يصح وهو الصحيح لأنه ليس من أهل العقود فلم يصح تدبيره كالمجنون

(فصل) والتدبير هو أن يقول إن مت فأنت حر ، فإن قال دبرتك أو أنت مدبر ونوى العتق صح ، وإن لم ينو فالمنصوص فى المدبر أنه يصح . وقال فى المكاتب إذا قال كاتبتك على كذا وكذا لم يصح حتى يقول فإذا أديت فأنت حر فمن أصحابنا من نقل جوابه فى المدبر إلى المكاتب وجوابه فى المكاتب الى المدبر وجعلهما على قولين (أحدهما) أنهما صريحان لأنهما موضوعان للعتق فى عرف الشرع (والثانى) أنهما كنايتان فلا يقع العتق بهما إلا بقرينة أو نية لأنهما يستعملان فى العتق وغيره . ومنهم من قال فى المدبر صريح وفى المكاتب كناية ، ولم يذكر فرقا يعتمد عليه .

(فصل) ويجوز مطلقاً ، وهو أن يقول : إن مت فأنت حر ، ويجوز مقيداً وهو أن يقول : إن مت من هذا المرض أو فى هـذا البلد فأنت حر ، لأنه عتق معلق على صفة فجاز مطلقاً ومقيـدا كالعتق المعلق على دخول الدار . ويجوز تعليقه على شرط ، بأن يقول إن دخلت الدار فأنت حر بعد موتى ، كما يجوز أن يعلق العتق المعلق على دخول الدار بشرط قبله ، فإن وجد الشرط صار مدبرا ،

وان لم يوجد الشرط حتى مات السيد لم يصر مدبرا لأنه علق التدبير على صفة ، وقد بطلت الصفه بالموت فسقط ما علق عليه .

(فصل) ويجوز تدبير المعتق بصفة كما يجوز أن يعلق عتقه على صفة أخرى فإن وجدت الصفة قبل الموت عتق بالصفه وبطل التدبير به ، وإن مات قبل وجود الصفه عتق بالتدبير وبطل العتق بالصفه ، ويجوز تدبير المكاتب كما يجوز أن يعلق عتقه على صفة ، فإذا دبره صار مكاتبا مدبرا ويستحق العتق بالكتابة والتدبير ، فإن أدى المال قبل الموت عتق بالكتابة وبطل التدبير ؛ وإن مات قبل الاداء فإن كان يخرج من الثلث عتق بالتدبير وبطلت الكتابة . وإن لم يخرج جميعه عتق منه بقدر الثلث ويسقط من مال الكتابة بقدره وبقي الباقي على الكتابة ، ولا يجوز تدبير أم الولد ، لأن الذى يقتضيه التدبير هو العتق بالموت ، وقد استحقت ذلك بالاستيلاد فلم يفد التدبير شيئا ، فإذا برها ومات عتقت بالاستيلاد من رأس المال .

(فصل) ويجوز تدبير الحمل كما يجوز فى بعض عبد كما يجوز عتقه ، ويجوز فى العتق ، فإن كان بين رجلين عبد فدبر أحدهما نصيبه وهو موسر فهل يقوّم عليه نصيب شريكه ليصير الجميع مدبرا ، فيه قولان

(أحدهما) يقوّم عليه لأنه أثبت له شيئا يفضى الى العتق لا محالة فأوجب التقويم كما لو استولد جاريه بينه وبين غيره

(والثانى) وهو المنصوص أنه لا يقوم عليه : لأن التقويم انما يجب بالإتلاف كالعتق أو بسبب يوجب الاتلاف كالاستيلاد والتدبير ليس باتلاف ولا سبب يوجب الإتلاف لأنه يمكن نقضه بالصرف فلم يوجب التقويم ، فان كان له عبد فدبر بعضه فالمنصوص أنه لا يسرى الى الباقى

ومن أصحابنا من قال فيه قول آخر أنه يسرى فيصير الجميع مدبرا ، ووجههما ما ذكرناه فى المسألة قبلها ، فان كان عبد بين اثنين فدبراه بأن قال كل واحد منهما إذا مت فأنت حر جاز ، كما لو أعتقاه ، فان أعتق أحدهما نصيبه بعد التدبير وهو موسر فهو يقوّم عليه نصيب شريكه ليعتق ، فيه قولان منصوصان :

(أحدهما) لا يقوم عليه لأن لنصيب شريكه جهة يعتق بها فاستغنى عن التقويم ولأنا إذا قومناه على المعتق أبطلنا على شريكه ما ثبت له من العتق والولاء بحكم التدبير .

(والثانى) يقوم عليه ليصير الكل حراً لأن المدبر كالقن فى الملك والتصرف فكان كالقن فى التقويم والسراية ، فإن كان بين نفسين عبد فقالا اذا متنا فأنت حر لم يعتق حصة واحد منهما إلا بموته وموت شريكه ، فان ماتا معاً عتق عليهما بوجود الصفة فان مات أحدهما قبل الآخر انتقل نصيب الميت إلى وارثه ووقف عتقه على موت الاخر فإذا مات الاخر عتق ، فان قالا : أنت حبيس على آخرنا موتا فالحكم فيها كالحكم فى المسألة قبلها إلا فى فصل واحد وهو أن فى المسألة الأولى إذا مات أحدها انتقل نصيب الميت إلى وارثه إلى أن يموت الاخر وفى هذه إذا مات أحدهما كان منفعة نصيبه موصى بها للآخر إلى أن يموت لقوله أنت حبيس على آخرنا موتا فإذا مات الاخر عتق .

﴿ فصل ﴾ ويملك المولى بيع المدبر ، لما روى جابر رضى الله عنه أن رجلا أعتق غلاما له عن دبر منه ولم يكن له مال غيره فأمر به النبى صلى الله عليه وسلم فبيع بسبعمائة أو بتسعمائة ويملك هبته ووقفه وكتابته قياسا على البيع ويملك أكسابه ومنافعه وأرش ما يجنى عليه لأنه لما كان كالعبد القن فى التصرف فى الرقبه كان كالقن فيما ذكرناه ، وان جنى خطأ تعلق الأرش برقبته وهو بالخيار بين أن يسلمه للبيع وبين أن يفديه كما يفدى العبد القن لأنه كالقن فى جواز بيعه فكان كالقن فى جواز التسليم للبيع والفداء ، وان مات السيد قبل أن يفديه .

فإن قلنا : لا يجوز عتق الجانى لم يعتق وللوارث الخيار بين التسليم للبيع وبين الفداء كالسيد فى حياته . وان قلنا : يجوز عتق الجانى عتق من الثلث ووجب أرش الجناية من التركة لانه عتق بسبب من جهته فتعلق الارش بتركته ولا يجب إلا أقل الامرين من قيمته أو أرش الجناية لانه لا يمكن تسليمه للبيع بعد العتق

﴿ فصل ﴾ وإن كان المدبر جارية فأتت بولد من النكاح أو الزنا فهل يتبعها فى التدبير فيه قولان .

(أحدهما) يتبعها لأنها تستحق الحرية فتبعها الولد كأم الولد ، فعلى هذا ان ماتت الام فى حياة المولى لم يبطل التدبير فى الولد .

(والثانى) لا يتبعها لانه عقد يلحقه الفسخ فلم يسر الى الولد كالرهن والوصية وان دبرها وهى حامل تبعها الولد قولا واحداً كما يتبعها فى العتق . وان دبر عبدا ثم ملكه جارية فأتت منه بولد لحقه نسبه لأنه يملكها فى أحد القولين وله فيها شبهة فى القول الثانى لاختلاف الناس فى ملكه .

(فإن قلنا) لا يملك الجارية فالولد مملوك للمولى لانه ولد أمته (وان قلنا) يملكها فالولد ابن المدبر ومملوكه لأنه من أمته وهل يكون مدبراً فيه وجهان .

أحدهما : أنه ليس بمدبر لأن الولد انما يتبع الام دون الاب والام غير مدبرة ، والثانى : أنه مدبر لانها علقت به فى ملكه فكان كالاب كولد الحر من أمته .

(فصل) ويجوز الرجوع فى التدبير بما يزيل الملك كالبيع والهبة المقبوضة لما رويناه من حديث جابر رضى الله عنه وهل يجوز بلفظ الفسخ كقوله : فسخت ونقضت ورجعت . فيه قولان

أحدهما : أنه يجرى مجرى الوصية فيجوز له فسخه بلفظ الفسخ وهو اختيار المزنى لانه تصرف يتنجز بالموت يعتبره من الثلث فهو كالوصية .

والثانى : أنه يجرى مجرى العتق بالصفة فلا يجوز فسخه بلفظ الفسخ وهو الصحيح لأنه عتق علقه على صفة فهو كالعتق بالصفات . وان وهبه ولم يقبضه فقد اختلف أصحابنا فيه ، فمنهم من قال : ان قلنا : انه كالوصية فهو رجوع ، وان قلنا : انه كالعتق بالصفه فليس برجوع لأنه لم يزل الملك . ومنهم من قال : هو رجوع على القولين لانه تصرف يفضى الى زوال الملك وان كاتبه . فان قلنا ان التدبير كالوصيه كان رجوعا كما لو أوصى بعبد ثم كاتبه ، وان قلنا أنه كالعتق بالصفه لم يكن رجوعا بل يصير مدبراً مكاتبا وحكمه ما ذكرناه فيمن دبر مكاتبا ، وان دبره ثم قال ان أديت الى وارثى ألفا فأنت حر .

(فان قلنا) انه كالوصيه كان ذلك رجوعا فى التدبير لأنه عدل عن العتق بالموت الى العتق بأداء المال فبطل التدبير ويتعلق العتق بالأداء . وان قلنا : انه

كالعتق بالصفة وخرج من الثلث عتق بالتدبير وسقط حكم الأداء بعده لأنه علق عتقه بصفة متقدمة ثم علقه بصفة متأخرة فعتق بأسبقهما وأسبقهما الموت فعتق به وإن دبر جارية ثم أولدها بطل التدبير لأن العتق بالتدبير والاستيلاد في وقت واحد والاستيلاد أقوى فأسقط التدبير .

(فصل) ويجوز الرجوع في تدبير البعض كما يجوز التدبير في الابتداء في البعض ، وإن دبر جارية فأتت بولد من نكاح أو زنا وقلنا انه يتبعها في التدبير ورجع في تدبير الأم لم يتبعها الولد في الرجوع وان تبعها في التدبير كما أن ولد أم الولد يتبعها حق الحرية ثم لا يتبعها في بطلان حقها من الحرية بموتها ، وان دبرها الصبي وقلنا انه يصح تدبيره ، فان قلنا : يجوز الرجوع بلفظ الفسخ جاز رجوعه لأنه لا حجر عليه في التدبير لجاز رجوعه فيه كالبالغ ، وإن قلنا : لا يجوز الرجوع الا بتصرف يزيل الملك لم يصح الرجوع في تدبيره الا بتصرف يزيل الملك من جهة الولي .

(فصل) وان دبر عبده ثم ارتد فقد قال أبو إسحاق لا يبطل التدبير ، فان مات عتق العبد لأنه تصرف نفذ قبل الرد فلم تؤثر الردة فيه كما لو باع ماله ثم ارتد ، ومن أصحابنا من قال : يبطل التدبير لأن المدبر انما يعتق اذا حصل للورثة شيء مثلاه وهاهنا لم يحصل للورثة شيء فلم يعتق .

ومنهم من قال : يبنى على الأقوال في ملكه ، فان قلنا : يزول ملكه بالردة بطل لانه زال ملكه فيه فأشبه إذا باعه ، وان قلنا لا يزول لم يبطل كما لو لم يدبر وإن قلنا : موقوف فالتدبير موقوف وما قال أبو إسحاق غير صحيح لأنه ارتد والمدبر على ملكه فزال بالردة بخلاف مالو باعه قبل الردة وماقال الآخر لا يصح لان ماله بالموت صار للمسلمين وقد حصل لهم مثلاه .

(فصـــل) وان دبر الكافر عبداً كافراً ثم أسلم العبد ولم يرجع السيد في التدبير ففيه قولان .

أحدهما : يباع عليه وهو اختيار المزني لانه يجوز بيعه فبيع عليه كالعبد القن والثاني : لا يباع عليه وهو الصحيح لانه لا حظ للعبد في بيعه لانه يبطل به

حقه من الحربة فعلى هذا هو بالخيـار بين أن يسلمه إلى مسلم وينفق عليه إلى أن يرجع فى التدبير فيباع عليه أو يموت فيعتق عليـه وبين أن يخارجه على شىء لأنه لا سبيل إلى اقراره فى يده فلم يجز إلا ما ذكرناه ، فإن مات السيد وخرج من الثلث عتق ، وإن لم يخرج عتق منه بقدر الثلث وبيع البـاقى على الورثة لانه صار قنا .

(فصل) وان اختلف السيد والعبد فادعى العبد أنه دبره وأنكر السيد ، فان قلنا إن التدبير كالعتق بالصفة صح الاختلاف لأنه لا يمكن الرجوع فيه ، والقول قول السيد لان الاصل أنه لم يدبر .

وان قلنا : انه كالوصية ففيه وجهان ، أحـدهما : أن القول قول السيد لان جحوده رجوع وهو يملك الرجوع ، والثانى أنه ليس برجوع وهو المذهب لانه قال فى الدعوى والبينات اذا أنكر السيد قلنا له قل رجعت ولا يحتاج الى اليمين فدل على أن جحوده ليس برجوع ، والدليل عليه أن جحود الشىء ليس برجوع كما أن جحود النكاح ليس بطلاق فعلى هذا يصح الاختلاف والحكم فيه كالحكم فيه اذا قلنـا انه عتق بالصفة ، وان مات السيد واختلف العبد والوارث صح الاختلاف على القولين والقول قول الوارث ، وان كان فى يده مال فقال كسبته بعد العتق ، وقال الوارث بل كسبته قبل العتق فالقول قول المدبر لأن الأصل عدم الكسب الا فى الوقت الذى وجد فيه وقد وجد وهو فى يد المدبر فكان له ، وان كان أمة ومعها ولد فادعت أنها ولدته بعد التدبير . وقال الوارث بل ولدته قبل التدبير فالقول قول الوارث لان الاصل فى الولد الرق .

(فصـل) ويجوز تعليق العتق على صفة مثل أن يقول ان دخلت الدار فأنت حر ، وان أعطيتنى ألفا فأنت حر لانه عتق على صفة فجاز كالتدبير ، فان قال ذلك فى المرض اعتبر من الثلث ؛ لانه لو أعتقه اعتبر من الثلث ، فاذا عقده اعتبر من الثلث ، وان قال ذلك وهو صحيح اعتبر من رأس المـال سواء وجدت الصفة وهو صحيح أو وجدت وهو مريض لان العتق انما يعتبر من الثلث فى حال المرض لانه قصد الى الاضرار بالورثة فى حال يتعلق حقهم بالمال وههنا لم يقصد الى ذلك ، فان علق العتق على صفة مطلقة ثم مات بطل لأن تصرف الإنسان

مقصور على حال الحياة لحمل إطلاق الصفة عليه ، وان علق عتقه على صفة بعد الموت لم يبطل بالموت لأنه يملك العتق بعـــد الموت فى الثلث فملك عقده على صفة بعد الموت .

(فصل) وإن علق عتق أمة على صفة ثم أتت بولد من النكاح أو الزنا فهل يتبعها الولد فيه قولان كما قلنا فى المدبرة ، فان بطلت الصفه فى الام بموتها أو بموته بطلت فى الولد لأن الولد يتبعها فى العتق لا فى الصفة بخـلاف ولد المدبرة فانه يتبعها فى التدبير فاذا بطل فيها بقى فيه ، وإن قال لأمته أنت حرة بعد موتى بسنة فمات السيد وهى تخرج مـن الثلث ، فللوارث أن يتصرف فى كسبها ومنفعتها ولا يتصرف فى رقبتها لأنها موقوفة على العتق ؛ فان أتت بولد بعد موت السيد فقد قال الشافعى رحمه الله يتبعها الولد قولا واحدا ، فمن أصحابنا من قال فيه قولان كالولد الذى تأتى به قبل الموت والذى قاله الشافعى رحمه الله احد القولين ، ومنهم من قال يتبعها الولد قولا واحداً لأنها أتت به ، وقد استقر عتقها بالموت فيتبعها الولد كأم الولد بخلاف ما قبل الموت فان عتقها غير مستقر لانه يلحقه الفسخ .

(فصـل) وان علق عتق عبده على صفة لم يملك الرجوع فيها بالقول لانه كاليمين أو كالنذر والرجوع فى الجميع لا يجوز ، ويجوز الرجوع فيه بما يزيل الملك كالبيع وغيره ، فان علق عتقه على صفة ثم باعه ثم رجع اليه فهل يعود حكم الصفة فيه قولان بناء على القولين فيمـن علق طلاق إمراته على صفة وبانت منه ثم تزوجها ، وإن دبر عبده ثم باعه ثم رجع اليه ، فان قلنـا : ان التدبير كالوصية لم يرجع لان الوصية اذا بطلت لم تعد ، وان قلنا انه كالعتق بصفة فهل يعود أم لا على ما ذكرناه من القولين .

كتاب المكاتب

الكتابة جائزة لقوله تعالى « والذين يبتغون الكتاب مما ملكت أيمانكم فكاتبوهم إن علمتم فيهم خيراً » ولا تجوز الكتابة إلا من جائز التصرف فى المال لأنه عقد على المال فلم يجز إلا من جائز التصرف فى المال كالبيع ، ولا يجوز أن يكاتب عبداً أجيرا لأن الكتابة تقتضى التمكين من التصرف والإجارة تمنع من ذلك ؛ ولا يجوز أن يكاتب عبداً مرهوناً لأن الرهن يقتضى البيع والمكتابة تمنع البيع ؛ وتجوز كتابة المدبر وأم الولد لأنه عتق بصفة يجوز أن تتقدم على الموت فجاز فى المدبر وأم الولد كالعتق المعلق على دخول الدار ، فإن كتب مدبراً صار مكاتبا ومدبراً ، وقد بينا حكمه فى المدبر ، وان كاتب أم ولد صارت مكاتبة وأم ولد فان أدت المال قبل موت السيد عتقت بالكتابة ، وان مات السيد قبل الأداء عتقت بالاستيلاد وبطلت الكتابة .

(فصل) وتجوز كتابة بعض العبد إذا كان باقيه حراً لأنه كتابة على جميع ما فيه من الرق فأشبه كتابة العبد فى جميعه ، وإن كان عبد بين اثنين فكاتبه أحدهما فى نصيبه بغير إذن شريكه لم يصح لأنه لا يعطى من الصدقات ولا يمكنه الشريك من الاكتساب بالأسفار ؛ وان كاتبه باذن شريكه ففيه قولان ،

(أحدهما) لا يصح لما ذكرناه من نقصان كسبه .

(والثانى) يصح لأن المنع لحق الشريك فزال بالاذن ، وان كان لرجل عبد فكاتبه فى بعضه فالمنصوص انه لا يصح ، واختلف أصحابنا فيه فذهب أكثرهم إلى أنه لا يصح قولا واحداً كما لا يصح أن يبعض العتق فيه . ومنهم من قال : إذا قلنا انه يصح أن يكاتب نصيبه فى العبد المشترك باذن الشريك صح ههنا لأن اتفاقهما على كتابة البعض كاتفاق الشريكين ، فإن وصى رجل بكتابة عبد وعجز الثلث عن جميعه فالمنصوص أنه يكاتب القدر الذى يحتمله الثلث . فمن أصحابنا من جعل فى الجميع قولين

ومنهم من قال : يصح فى الوصيه ، وقد فرق بينه وبين العبد المشترك بأن

الكتابة فى العبد المشترك غير مستحقة فى جميعه والكتابة فى الوصية استحقت فى جميعه فإذا تعذرت فى البعض لم تسقط فى الباقى .

(فصل) وان طلب العبد الكتابة نظرت فإن كان له كسب وأمانة استحب أن يكاتب لقوله عز وجل « والذين يبتغون الكتاب مما ملكت أيمانكم فكاتبوهم إن علمتم فيهم خيرا » وقد فسر الخير بالكسب والأمانه ، ولأن المقصود بالكتابه العتق على مال ، وبالكسب والأمانه يتوصل اليه ، ولا يجب ذلك لأنه عتق فلا يجب بطلب العبد كالعتق فى غير الكتابه .

وإن لم يكن له كسب ولا أمانه أو له كسب بلا أمانه لم تستحب لأنه لا يحصل المقصود بكتابته ولا تكره لأنه سبب للعتق من غير إضرار فلم تكره . وإن كان له أمانة بلا كسب ففيه وجهان .

(أحدهما) انه لا تستحب لأن مع عدم الكسب يتعذر الأداء فلا يحصل المقصود (والثانى) تستحب لأن الامين يعان ويعطى من الصدقات ، وان طلب السيد الكتابة فكره العبد لم يجبر عليه ، لأنه عتق على مال فلا يجبر العبد عليه كالعتق على مال فى غير الكتابه .

(فصل) ولا يجوز الا بعوض مؤجل لأنه اذا كاتبه على عوض حال لم يقدر على أدائه فينفسخ العقد ويبطل المقصود ، ولا يجوز على أقل من نجمين ، لما روى عن أمير المؤمنين عثمان رضى الله عنه أنه غضب على عبد له وقال : لأعاقبنك ولأكاتبنك على نجمين ، فدل على أنه لا يجوز على أقل من ذلك . وعن على كرم الله وجهه أنه قال : الكتابة على نجمين والإيتاء من الثانى ، ولا يجوز الا على نجمين معلومين ، وأن يكون ما يؤدى فى كل نجم معلوما لأنه عوض منجم فى عقد ، فوجب العلم بمقدار النجم ومقدار ما يؤديه فيه كالسلم الى أجلين .

(فصل) ولا يجوز الا على عوض معلوم الصفه ، لأنه عوض فى الذمه فوجب العلم بصفته كالمسلم فيه .

(فصل) وتجوز الكتابه على المنافع ، لأنه يجوز أن تثبت فى الذمة بالعقد

لجاز الكتابة عليها كالمال فان كاتبه على عملين فى الذمة فى نجمين جاز كما يجوز على مالين فى نجمين ، وان كاتبه على خدمة شهرين لم يجز لأن ذلك نجم واحد ، وان كاتبه على خدمة شهر ثم على خدمة شهر بعده لم يجز لأن العقد فى الشهر الثانى على منفعة معينة فى زمان مستقبل فلم يجز كما لو استأجره للخدمة فى شهر مستقبل . وان كاتبه على دينار وخدمة شهر بعده لم يجز لأنه لا يقدر على تسليم الدينار فى الحال ، وان كاتبه على خدمة شهر ودينار فى نجم بعده جاز لأنه يقدر على تسليم الخدمه فهو مع الدينار كالمالين فى نجمين ، وإن كاتبه على خدمة شهر ودينار بعد انقضاء الشهر فقد اختلف أصحابنا فيه فقال أبو اسحاق لا يجوز لأنه اذا لم يفصل بينهما صارا نجما واحداً . ومنهم من قال يجوز لأنه يستحق الدينار فى غير الوقت الذى يستحق فيه الخدمه وانما يتصل استيفاؤهما . فعلى هذا لو كاتبه على خدمة شهر ودينار فى نصف الشهر جاز لأنه يستحق الدينار فى غير الوقت الذى يستحق فيه الخدمه .

(فصـل) وان كاتب رجلان عبداً بينهما على مال بينهما على قدر الملكين وعلى نجوم واحدة جاز ، وان تفاضلا فى المال مع تساوى الملكين أو تساويا فى المال مع تفاضل الملكين ، أو على أن نجوم أحدهما أكثر من نجوم الآخر أو على أن نجم أحدهما أطول من نجم الآخر ففيه طريقان ؛ من أصحابنا من قال يبنى على القولين فيمن كاتب نصيبه من العبد بإذن شريكه ؛ فإن قلنا يجوز جاز ، وان قلنا لا يجوز لم يجز لان اتفاقهما على الكتابه ، ككتابة أحدهما فى نصيبه بإذن الآخر . وعلى هذا يدل قول الشافعى رحمه الله تعالى فانه قال فى الام : ولو أجزت لأجزت أن ينفرد أحدهما بكتابة نصيبه ، فدل على أنه اذا جاز ذلك جاز هذا ، وان لم يجز ذلك لم يجز هـذا .

ومنهم من قال لا يصح قولا واحدا لانه يؤدى الى أن ينتفع أحـدهما بحق شريكه من الكسب لانه يأخذ أكثر مما يستحق وربما عجز المكاتب فيرجع على شريكه بالفاضل بعدما انتفع به .

(فصـل) ولا يصح على شرط فاسد لانه معاوضة يلحقها الفسخ فبطلت

بالشرط الفاسد كالبيع ، ولا يجوز تعليقها على شرط مستقبل ، لانه عقد يبطل بالجهاله فلم يجز تعليقه على شرط مستقبل كالبيع .

(فصل) واذا انعقد العقد لم يملك المولى فسخه قبل العجز لانه أسقط حقه منه بالعوض فلم يملك فسخه قبل العجز عن العوض كالبيع ، ويجوز للعبد أن يمتنع من أداء المال لان مالا يلزمه اذا لم يجعل شرطا فى عتقه لم يلزمه اذا جعل شرطا فى عتقه كالنوافل ، وهل يملك أن يفسخ ، فيه وجهان من أصحابنا من قال لا يملك لانه لا ضرر عليه فى البقاء على العقد ولا فائدة له فى الفسخ فلم يملكه ، ومنهم من قال له أن يفسخ لانه عقد لحظه فملك أن ينفرد بالفسخ كالمرتهن ، فان مات المولى لم يبطل العقد لانه لازم من جهته فلم يبطل بالموت كالبيع ، وينتقل المكاتب الى الوارث لانه مملوك لا يبطل رقه بموت المولى فانتقل الى وارثه كالعبد القن وان مات العبد بطل العقد لانه فات المعقود عليه قبل التسليم فبطل العقد كالمبيع اذا تلف قبل القبض ولا يجوز شرط الخيار فيه ، لأن الخيار لدفع الغبن عن المال والسيد يعلم أنه مغبون من جهة المملوك لأنه يبيع ماله بماله والعبد مخير بين أن يدفع المال وبين أن لا يدفع فلا معنى لشرط الخيار ، فان اتفقا على الفسخ جاز ، لأنه عقد يلحقه الفسخ بالعجز عن المـــال ، فجاز فسخه بالتراضى كالبيـع .

(باب ما يملكه المكاتب وما لا يملكه)

ويملك المكاتب بالعقد اكتساب المـال بالبيع والإجارة والصدقه والهبه والأخذ بالشفعة والاحتشاش والاصطياد وأخذ المباحات ، وهو مع المولى كالأجنبى مع الأجنبى فى ضمان المال وبذل المنافع وأرش الاطراف لانه صار بما بذله له من العوض عن رقبته كالخارج عن ملكه ويملك التصرف فى المال بما يعود الى مصلحته ومصلحة ماله ، فيجوز أن ينفق على نفسه لان ذلك من أهم المصالح وله أن يفدى فى حياته نفسه أو رقيقه لان له فيه مصلحة ، وله أن يختن غلامه ويؤدبه لانه اصلاح المال . وأما الحد فالمنصوص أنه لا يملك اقامته لان طريقه الولاية والمكاتب ليس من أهل الولاية

ومن أصحابنا من قال : له أن يقيم الحد كما يملك الحر فى عبده وله أن يقتص فى الجناية عليه وعلى رقيقه . وذكر الربيع قولا آخر أنه لا يقتص من غير اذن المولى ووجهه أنه ربما عجز فيصير ذلك للسيد فيكون قد أتلف الأرش الذى كان للسيد أن يأخذه لو لم يقتص منه . قال أصحابنا : هذا القول من تخريج الربيع ، والمذهب أنه يجوز أن يقتص لأن فيه مصلحة له .

(فصل) وان كان المكاتب جارية فوطئها المولى وجب عليه المهر ولها أن تطالب به لتستعين به على الكتابة لأنه يجرى مجرى الكسب وان أذهب بكارتها لزمه الأرش لأنه اتلاف جزء لا يستحقه فضمن بدله كقطع الطرف وإن أتت منه بولد صارت مكاتبة وأم ولد ، وقد بينا حكمهما فى أول الباب ، وان كانت مكاتبة بين اثنين فأولدها أحدهما نظرت ، فإن كان معسراً صار نصيبه أم ولد ، وفى الولد وجهان

(أحدهما) وهو قول أبى على بن أبى هريرة : أن الولد ينعقد جميعه حراً ويثبت للشريك فى ذمة الواطىء نصف قيمته لأنه يستحيل أن ينعقد نصف الولد حراً ونصفه عبداً .

(والثانى) وهو قول أبى إسحاق : ان نصفه حر ونصفه مملوك ، وهو الصحيح اعتباراً بقدر ما يملك منها ولا يمتنع أن ينعقد نصفه حرا ونصفه عبدا كالمرأة إذا كان نصفها حرا ونصفها مملوكا فأتت بولد فان نصفه حرا ونصفه عبد ، وان كان موسرا فالولد حر وصار نصيبه من الجارية أم ولد ، ويقوم على الواطىء نصيب شريكه وهل يقوم فى الحال فيه طريقان من أصحابنا من قال : فيه قولان .

(أحدهما) يقوم فى الحال ، فإذا قوم انفسخت الكتابة وصار جميعها أم ولد للواطىء ونصفها مكاتبا له فإن أدت المال عتق نصفها وسرى إلى باقيها .

(والقول الثانى) أنه يؤخر التقويم إلى العجز ، فإن أدت ما عليها عتقت عليها بالكتابة ، وإن عجزت قوم على الواطىء نصيب شريكه وصار الجميع أم ولد

وقال أبو على بن أبى هريرة : لا يقوم فى الاستيلاد نصيب الشريك فى الحال قولا واحدا ، بل يؤخر إلى أن تعجز لأن العتق فيه حظ للعبد لأنه يتعجل له الحرية فى الباقى ولا حظ لها فى التقويم فى الاستيلاد بل الحظ فى التأخير لأنه

إذا أخر ربما أدت المال فعتقت وإذا قوم فى الحال صارت أم الولد ولا تعتق إلا بالموت ، والصحيح هو الأول وأنه على قولين كالعتق لأن الاستيلاد كالعتق بل هو أقوى لأنه يصح من المجنون والعتق لا يصح منه فاذا كان فى التقويم فى العتق قولان وجب أن يكون فى الاستيلاد مثله .

﴿ فصل ﴾ وان أتت المكاتبة بولد من نكاح أو زنا ففيه قولان (أحدهما) أنه موقوف ، فان رقت الأم رق ، وإن عتقت عتق لأن الكتابة سبب يستحق به العتق فيتبع الولد الأم فيه كالاستيلاد (والثانى) أنه مملوك يتصرف فيه لأنه عقد يلحقه الفسخ فلم يسر إلى الولد كالرهن .

(فإن قلنا) انه للمولى كان حكمه حكم العبد القن فى الجناية والكسب والنفقة والوطء (وان قلنا) انه موقوف فقتل ففى قيمته قولان . أحدهما : أنها لامه تستعين بها فى الكتابة لأن القصد بالكتابة طلب حظها ، والثانى : أنها للمولى لأنه تابع للأم وقيمة الأم للمولى فكذلك قيمة ولدها ، فان كسب الولد مالا ففيه قولان .

(أحدهما) أنه للأم لأنه تابع لها فى حكمها فكسبها لها فكذلك كسب ولدها

(والثانى) أنه موقوف لأن الكسب نماء الذات وذاته موقوفة فكذلك كسبه فعلى هذا يجمع الكسب ، فإن عتق ملك الكسب كما تملك الأم كسبها إذا عتقت وان رق بعجز الام صار الكسب للمولى ، فن أصحابنا من خرج فيه قولا ثالثا أنه للمولى كما قلنا فى قيمته فى أحد القولين ، وان أشرفت الأم على العجز وكان فى كسب الولد وفاء بمال الكتابة ففيه قولان .

(أحدهما) أنه ليس للأم أن تستعين به على الأداء لانه موقوف على السيد أو الولد فلم يكن للأم فيه حق .

(والثانى) أن لها أن تأخذه وتؤديه لأنها اذا أدت عتقت وعتق الولد فكان ذلك أحظ للولد من أن ترق ويأخذه المولى ، فإن احتاج الولد إلى النفقة ولم يكن فى كسبه ما يفى .

فإن قلنا : ان الكسب للمولى فالنفقة عليه ؛ وان قلنا : انه للأم فالنفقة عليها وإن قلنا : انه موقوف ففى النفقة وجهان (أحدهما) انها على المولى لانه مرصد

الملك (والثانى) أنها فى بيت المال لأن المولى لا يملكه فلم يبق إلا بيت المال ؛ وان كان الولد جارية فوطئها المولى ، فإن قلنا : إن كسبه له لم يجب عليه المهر لانه لو وجب لكان له ؛ وإن قلنا : انه للأم فالمهر لها ، وإن قلنا : انه موقوف وقف المهر ، وإن أحبلها صارت أم ولد له بشبهة الملك ولا تلزمه قيمتها ، لأن القيمة تجب لمن يملكها والام لا تملك رقبتها وإنما هى موقوفة عليها .

﴿ فصل ﴾ وإن حبس السيد المكاتب مدة ففيه قولان (أحدهما) يلزمه تخليته فى مثل تلك المدة لأنه دخل فى العقد على التمكين من التصرف فى المدة فلزمه الوفاء به (والثانى) تلزمه أجرة المثل للمدة التى حبسه فيها وهو الصحيح لأن المنافع لا تضمن بالمثل ، وإنما تضمن بالأجرة ، وإن قهر أهل الحرب المكاتب على نفسه مدة ثم أفلت من أيديهم ففيه قولان .

(أحدهما) لا تجب تخليته فى مثل المدة لانه لم يكن الحبس من جهته .

(والثانى) تجب لانه فات ما استحقه بالعقد ، ولا فرق بين أن يكون بتفريط أو غير تفريط كالبيع اذا هلك فى يد البائع ، ولا يجىء ههنا ايجاب الأجرة على المولى لأنه لم يكن الحبس من جهته فلا تلزمه أجرته .

﴿ فصل ﴾ ولا يملك المكاتب التصرف الا على وجه النظر والاحتياط لان حق المولى يتعلق باكتسابه ، فإن أراد أن يسافر فقد قال فى الام : يجوز . وقال فى الامالى : لا يجوز بغير اذن المولى ، فن أصحابنا من قال : فيه قولان (أحدهما) لا يجوز لأن فيه تغريراً (والثانى) يجوز لانه من أسباب الكسب ، ومنهم من قال : ان كان السفر طويلا لم يجز ، وان كان قصيراً جاز ، وحمل القولين على هذين الحالين ، والصحيح هو الطريق الاول .

﴿ فصل ﴾ ولا يجوز أن يبيع نسيئة ، وان كان بأضعاف الثمن ولا على أن يأخذ بالثمن رهنا أو ضمينا لأنه يخرج المال من يده من غير عوض والرهن قد يتلف والضمين قد يفلس وان باع ما يساوى مائه بمائة نقدا وعشرين نسيئة جاز لأنه لا ضرر فيه ، ولا يجوز أن يقرض ولا يضارب ولا يرهن لأنه اخراج مال بغير عوض .

(فصل) ولا يجوز أن يشترى من يعتق عليه لأنه يخرج ما لا يملك التصرف فيه بمال لا يملك التصرف فيه ، وفى ذلك اضرار ، وان وصى له بمن يعتق عليه ، فان لم يكن له كسب لم يجز قبوله لأنه يحتاج أن ينفق عليه وفى ذلك إضرار ، وإن كان له كسب جاز قبوله لأنه لا ضرر فيه ، فان قبله ثم صار زمنا لا كسب له فله أن ينفق عليه لأن فيه إصلاحا لماله .

(فصل) ولا يعتق ولا يكاتب ولا يهب ولا يحابى ولا يبرىء من الدين ولا يكفر بالمال ولا ينفق على أقاربه الأحرار ولا يسرف فى نفقة نفسه ، وإن كان له أمة مزوجة لم تبذل العوض فى الخلع لأن ذلك كله استهلاك المال ، وإن كان عليه دين مؤجل لم يملك تعجيله لأنه يقطع التصرف فيما يعجله من المال من غير حاجة ، وإن كان مكاتبا بين نفسين لم يجز ان يقدم حق احدهما لان ما يقدمه من ذلك يتعلق به حقهما فلا يجوز أن يخص به أحدهما ، وإن أقر بجناية خطأ ، ففيه قولان .

أحدهما : يقبل لانه اقرار بالمال فقبل كما لو أقر بدين معاملة .

والثانى : لا يقبل لانه يخرج به الكسب من غير عوض فبطل كالهبة ، وان جنى هو أو عبد له يملك بيعه على أجنبى لم يجز أن يفديه بأكثر من قيمته لأن الفداء كالابتياع فلا يجوز بأكثر من القيمة ، وان كان عبداً لا يملك بيعه كالاب والابن لم يجز ان يفديه بشىء قل أو كثر لانه يخرج مايملك التصرف فيه لاستبقاء مالا يملك التصرف فيه .

(فصل) وان فعل ذلك كله باذن المولى ففيه قولان ، أحدهما : لا يصح لأن المولى لا يملك مافى يده والمكاتب لا يملك ذلك بنفسه فلا يصح باجتماعهما كالاخ اذا زوج أخته الصغيرة باذنها ، والثانى : أنه يصح وهو الصحيح لان المال موقوف عليهما ، ولا يخرج منهما فصح باجتماعهما كالشريكين فى المال المشترك والراهن والمرتهن فى الرهن ، وان وهب للمولى أو حاباه أو أقرضه أو ضاربه أو عجل له ما تأجل من ديونه أو فدى جنايته عليه بأكثر من قيمته ، فإن قلنا يصح للأجنبى بإذن المولى صح ، وان قلنا : لا يصح فى حق الاجنبى بإذنه لم يصح لان قبوله كالإذن فان وهب أو أقرض وقلنا أنه لا يصح فله أن يسترجع فإن لم يسترجع

حتى عتق لم يسترجع على ظاهر النص ، لأنه إنما لم يصح لنقصانه وقد زال ذلك . ومن أصحابنا من قال له أن يسترجع لأنه قد وقع فاسداً فثبت له الاسترجاع

(فصل) ولا يتزوج المكاتب إلا بإذن المولى لما روى أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : أيما عبد تزوج بغير اذن مولاه فهو عاهر ، ولأنه يلزمه المهر والنفقه فى كسبه ، وفى ذلك اضرار بالمولى فلم يجز بغير اذنه ، فان أذن له المولى جاز قولا واحداً للخبر ، ولأن الحاجة تدعو اليه بخلاف الهبة

(فصل) ولا يتسرى بجارية من غير إذن المولى ، لأنه ربما أحبلها فتلف بالولادة ، فان أذن له المولى وقلنا إن العبد يملك ففيه طريقان ، من أصحابنا من قال على قولين كالهبة . ومنهم من قال يجوز قولا واحداً ، لأنه ربما دعت الحاجة اليه فجاز كالنكاح ، فان أولدها فالولد ابنه ومملوكه لأنه ولد جاريته وتلزمه نفقته لأنه مملوكه بخلاف ولد الحرة ولا يعتق عليه لنقصان ملكه ، فان أدى المال عتق معه لأنه كمل ملكه وان رق رق معه

(فصـل) ويجب على المولى الإيتاء ، وهو أن يضع عنه جزأ من المال أو يدفع اليه جزء من المـال ، لقوله عز وجل « وآتوهم من مال الله الذى آتاكم » وعن على كرم الله وجهه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال فى هذه الآية : يحط عنه ربع الكتابة ، والوضع أولى من الدفع ، لأنه يتحقق الانتفاع به فى الكتابة . واختلف أصحابنا فى القدر الواجب ، فنهم من قال ما يقع عليه الاسم من قليل وكثير ، وهو المذهب ، لأن اسم الايتاء يقع عليه

وقال أبو إسحاق : يختلف باختلاف قلة المال وكثرته ، فان اختلفا قدره الحاكم باجتهاده كما قلنا فى المتعة ، فان اختار الدفع جاز بعد العقد للآية ، وفى وقت الوجوب وجهان ؛ أحدهما يجب بعد العتق كما تجب المتعة بعد الطلاق ، والثانى أنه يجب قبل العتق لأنه ايتاء وجب للمكاتب فوجب قبل العتق كالايتاء فى الزكاة ، ولا يجوز الدفع من غير جنس مال الكتابة لقوله تعالى « وآتوهم من مال الله الذى آتاكم » فان دفع اليه من جنسه من غير ما أداه اليه ففيه وجهان

(أحدهما) يجوز كما يجوز فى الزكاة أن يدفع من غير المـال الذى وجب فيه

الزكاة (والثاني) لا يجوز وهو الصحيح الآية ، وان سبق المكاتب وأدى المال لزم المولى أن يدفع اليه لانه مال وجب الآدمي فلم يسقط من غير أداء ولا ابراء كسائر الديون . وان مات المولى وعليه دين حاص المكاتب أصحاب الديون . ومن أصحابنا من قال يحاص أصحاب الوصايا لأنه دين ضعيف غير مقدر فسوى بينه وبين الوصايا ، والصحيح هو الأول لانه دين واجب فحاص به الغرماء كسائر الديون وبالله التوفيق .

(باب الأداء والعجز)

ولا يعتق المكاتب ولا شيء منه وقد بقي عليه شيء من المال ، لما روى عمرو ابن شعيب رضي الله عنه عن أبيه عن جده أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : المكاتب عبد مابقي عليه من كتابته درهم . ولأنه عاق عتقه على دفع مال فلا يعتق شيء منه مع بقاء جزء منه ، كما لو قال لعبده : ان دفعت الىَّ ألفاً فأنت حر ، فان كاتب رجلان عبداً بينهما ثم أعتق أحدهما نصيبه أو أبرأه عما عليه من مال الكتابة عتق نصيبه لأنه برىء من جميع ماله عليه فعتق ، كما لو كاتب عبدا فأبرأه ، فان كان المعتق موسرا فقد قال أصحابنا يقوّم عليه نصيب شريكه كما لو أعتق شركاً له في عبد ، وعندي أنه يجب أن يكون على قولين

(أحدهما) يقوّم عليه

(والثاني) لا يقوم ، كما قلنا في شريكين دبرا عبدا ثم أعتق أحدهما نصيبه أنه على قولين (أحدهما) يقوم (والثاني) لا يقوم ، فاذا قلنا انه يقوم عليه ففي وقت التقويم قولان (أحدهما) يقوم في الحال ، كما نقول فيمن أعتق شركاً له في عبد (والثاني) يؤخر التقويم الى أن يعجز ، لأنه قد ثبت للشريك حق العتق والولاء في نصيبه فلا يجوز ابطاله عليه

وان كاتب عبده ومات وخلف اثنين وأبرأه أحدهما عن حصته عتق نصيبه لأنه أبرأه من جميع ماله عليه ، فان كان الذي أبرأه موسراً فهل يقوم عليه نصيب شريكه ، فيه قولان

(أحدهما) لا يقوم لأن سبب العتق وجد من الأب ولهذا يثبت الولاء له

(والثانى) يقوّم عليه وهو الصحيح لأن العتق تعجل بفعله ، فعلى هذا هل يتعجل التقويم والسراية ، فيه قولان (أحدهما) يتعجل لأنه عتق يوجب السراية فتعجلت به ، كما لو أعتق شركا له فى عبد (والثانى) يؤخر إلى أن يعجز ، لأن حق الأب فى عتقه وولائه أسبق فلم يجز إبطاله .

وإن كاتب رجلان عبدا بما يجوز وأذن أحدهما للآخر فى تعجيل حق شريكه من المال وقلنا إنه يصح الإذن عتق نصيبه ، وهل يقوم عليه نصيب شريكه ، فيه قولان (أحدهما) لا يقوم لتقدم سببه الذى اشتركا فيه (والثانى) يقوم لأنه عتق نصيبه بسبب منه ومتى يقوّم ؟ فيه قولان

(أحدهما) يقوم فى الحال لأنه تعجل عتقه (والثانى) يؤخر إلى أن يعجز لأنه قد ثبت لشريكه عقد يستحق به العتق والولاء فلم يجز أن يقوم عليه ذلك ، فعلى هذا إن أدى عتق باقيه ، وإن عجز قوم على المعتق . وإن مات قبل الأداء والعجز مات ونصفه حر ونصفه مكاتب

﴿ فصل ﴾ وإن حل عليه نجم وعجز عن أداء المال جاز للمولى أن يفسخ العقد لأنه اسقط حقه بعوض ، فاذا تعذر العوض ووجد عين ماله جاز له أن يفسخ ويرجع الى عين ماله ، كما لو باع سلعة فأفلس المشترى بالثمن ووجد البائع عين ماله ، وإن كان معه ما يؤديه فامتنع من أدائه جاز له الفسخ لأن تعذر العوض بالامتناع كتعذره بالعجز لأنه لا يمكن إجباره على أدائه ، وإن عجز عن بعضه أو امتنع من أداء بعضه جاز له أن يفسخ لأنا بينا أن العتق فى الكتابة لا يتبعض فكان تعذر البعض كتعذر الجميع ، ويجوز الفسخ من غير حاكم لانه مجمع عليه فلم يفتقر إلى الحاكم كفسخ البيع بالعيب .

(فصـل) وإن حل عليه نجم ومعه متاع فاستنظر لبيع المتاع وجب إنظاره لانه قادر على أخذ المال من غير إضرار ولا يلزمه أن ينظر أكثر من ثلاثة أيام لان الثلاثة قليل فلا ضرر عليه فى الانتظار وما زاد كثير وفى الانتظار اضرار ، وان طلب الإنظار لمـال غائب : فإن كان على مال غائب ، فان كان على مسافة لا تقصر فيها الصلاة وجب انظاره لانه قريب لا ضرر فى انظاره ، وان كان على مسافة تقصر فيها الصلاة لم يجب لأنه طويل وفى الانتظار اضرار .

وان طلب الانظار لاقتضاء دين فان كان حالا على ملىء وجب انظاره لأنه كالعين فى يد المودع ولهذا تجب فيه الزكاة ، وان كان مؤجلا أو على معسر لم يجب الانظار لأن عليه أضرارا فى الانظار ، فان حل عليه المال وهو غائب ففيه وجهان : أحدهما له أن يفسخ لأنه تعذر المال فجاز له الفسخ . والثانى ليس له أن يفسخ ، بل يرجع الى الحاكم ليكتب الى حاكم البلد الذى فيه المكاتب ليطالبه ، فان عجز أو امتنع فسخ لأنه لا يتعذر الاداء الا بذلك فلا يفسخ قبله . وان حل عليه النجم وهو مجنون ، فان كان معه مال يسلم الى المولى عتق لأنه قبض ما يستحقه فبرئت به ذمته ، وان لم يكن معه شىء فعجزه المولى وفسخ ثم ظهر له مال نقض الحكم بالفسخ لانا حكمنا بالعجز فى الظاهر وقد بان خلافه فنقض ، كما لو حكم الحاكم ثم وجد النص بخلافه

وان كان قد أنفق عليه بعد الفسخ رجع بما أنفق لانه لم يتبرع بل أنفق على أنه عبده ، فان أفاق بعد الفسخ وأقام البينة أنه كان قد أدى المال نقض الحكم بالفسخ ولا يرجع المولى بما أنفق عليه بعد الفسخ ، لانه تبرع ، لانه أنفق وهو يعلم أنه حر .

وان حل النجم فأحضر المال وادعى السيد أنه حرام ولم تكن له بينة فالقول قول المكاتب مع يمينه لانه فى يده والظاهر أنه له ؛ فان حلف خير المولى بين أن يأخذه وبين أن يبرئه منه ، فإن لم يفعل قبض عنه السلطان لانه حق يدخله النيابة فاذا امتنع منه قام السلطان مقامه

(فصـــل)

وان قبض المال وعتق ثم وجد به عيبا فله أن يرد ويطالب بالبدل ، فان رضى به استقر العتق لأنه برئت ذمة العبد . وان رده ارتفع العتق لانه يستقر باستقرار الاداء وقد ارتفع الاداء بالرد فارتفع العتق . وان وجد به العيب وقد حدث به عنده عيب ثبت له الارش ، فان دفع الارش استقر العتق وان لم يدفع ارتفع العتق لانه لم يتم براءة الذمة من المال

وان كاتبه على خدمة شهر ودينار ثم مرض بطلت الكتابة فى قدر الخدمة ، وفى الباقى طريقان (أحدهما) أنه على قولين (والثانى) أنه لا يبطل قولا واحداً بناء على الطريقين فيمن ابتاع عينين ثم تلفت احداهما قبل القبض .

(فصل) فإن أدى المال وعتق ثم خرج المال مستحقا بطل الحكم بعتقه لأن العتق يقع بالأداء ، وقد بان أنه لم يؤد ، وإن كان الاستحقاق بعد موت المكاتب كان ما ترك المولى دون الورثة لأنا قد حكمنا بأنه مات رقيقا .

(فصل) فان باع المولى ما فى ذمة المكاتب ، وقلنا انه لا يصح فقبضه المشترى فقد قال فى موضع يعتق ، وقال فى موضع لا يعتق ، واختلف أصحابنا فيه ، فقال أبو العباس فيه قولان .

(أحدهما) يعتق لأنه قبضه بإذنه فأشبه إذا دفعه إلى وكيله .

(والثانى) وهو الصحيح أنه لا يعتق لأنه لم يقبضه للمولى وإنما قبضه لنفسه ولم يصح قبضه لنفسه لأنه لم يستحقه فصار كما لو لم يؤخذ ، وقال أبو إسحاق : هى على اختلاف حالين فالذى قال يعتق إذا أمره المكاتب بالدفع اليه لأنه قبضه بإذنه والذى قال لا يعتق إذا لم يأمره بالدفع اليه لأنه لم يأخذه بإذنه وإنما أخذه بما تضمنه البيع من الاذن والبيع باطل فبطل ما تضمنه .

(فصل) إذا اجتمع على المكاتب دين الكتابة ودين المعاملة وأرش الجناية وضاق ما فى يده عن الجميع قدم دين المعاملة لأنه يختص بما فى يده والسيد والمجنى عليه يرجعان إلى الرقبة ، فان فضل عن الدين شىء قدم حق المجنى عليه لأن حقه يقدم على حق المالك فى العبد القن فكذلك فى المكاتب ، وان لم يكن له شىء فأراد صاحب الدين تعجيزه لم يكن له ذلك لان حقه فى الذمة فلا فائدة فى تعجيزه بل تركه على الكتابة أنفع له لانه ربما كسب ما يعطيه واذا عجزه بقى حقه فى الذمة الى أن يعتق فان أراد المولى أو المجنى عليه تعجيزه كان له ذلك لان المولى يرجع بالتعجيز الى رقبته ، والمجنى عليه يبيعه فى الجناية . فان عجزه المولى انفسخت الكتابة وسقط دينه وهو بالخيار بين أن يسلمه للبيع فى الجناية وبين أن يفديه

فان عجزه المجنى عليه نظرت ، فإن كان الأرش يحيط بالثمن بيع وقضى حقه ، وان كان دون الثمن بيع منه ما يقضى منه الأرش وبقى الباقى على الكتابة ، وان أدى كتابة باقية عتق وهل يقوم الباقى عليه ان كان موسراً فيه وجهان . أحدهما لا يقوم لانه وجد سبب العتق قبل التبعيض . والثانى : يقوم عليه لان اختياره للانظار كابتداء العتق .

باب الكتابة الفاسدة

اذا كاتب على عوض محرم أو شرط باطل فللسيد أن يرجع فيها لأنه دخل على أن يسلم له ما شرط ولم يسلم فثبت له الرجوع وله أن يفسخ بنفسه لانه مجمع عليه ؛ وان مات المولى أو جن أو حجر عليه بطل العقد لانه غير لازم من جهته فبطل بهذه الأشياء كالعقود الجائزة ، فإن مات العبد بطل لأنه لا يلحقه العتق بعد الموت ، وان جن لم تبطل لانه لازم من جهة العبد فلم تبطل بجنونه كالعتق المعلق على دخول الدار .

(فصل) وان أدى ما كاتبه عليه قبل الفسخ عتق لأن الكتابه تشتمل على معاوضه وهو قوله كاتبتك على كذا وعلى صفه ، وهو قوله فإذا أديت فأنت حر فإذا بطلت المعاوضه بقيت الصفه فعتق بها ، وان أداه الى غير من كاتبه لم يعتق لأنه لم توجد الصفه ، فاذا عتق تبعه ما فضل فى يده من الكسب ، وان كانت جارية تبعها الولد لانه جعل كالكتابة الصحيحة فى العتق فكانت كالصحيحة فى الكسب والولد .

(فصل) ويرجع السيد عليه بقيمته لانه أزال ملكه عنه بشرط ولم يسلم له الشرط وتعذر الرجوع اليه فرجع ببدله كما لو باع سلعة بشرط فاسد فتلفت فى يد المشترى ويرجع العبد على المولى بما أداه اليه لانه دفعه عما عليه فاذا لم يقع عما عليه ثبت له الرجوع ، فان كان ما دفع من جنس القيمة وعلى صفتها كالأثمان وغيرها من ذوات الامثال ففيه أربعة أقوال .

(أحدها) انهما يتقاصان فسقط أحدهما بالآخر لانه لا فائدة فى أخذه ورده

(والثانى) انه ان رضى أحدهما تقاصا ؛ وإن لم يرض واحد منهما لم يتقاصا لأنه إذا رضى أحدهما فقد اختار الراضى منهما قضاء ما عليه بالذى له على الآخر ومن عليه حق يجوز أن يقضيه من أى جهة شاء .

(والثالث) انهما ان تراضيا تقاصا ، وان لم يتراضيا لم يتقاصا لأنه إسقاط حق بحق فلم يجز إلا بالتراضى كالحوالة .

(والرابع) انهما لا يتقاصان بحال لأنه بيع دين بدين ، وان أخذ من سهم الرقاب فى الزكاة ، فان لم يكن فيه وفاء استرجع منه ، وان كان فيه وفاء فقد قال فى الأم : يسترجع ولا يعتق لأنه بالفساد خرج عن أن يكون من الرقاب . ومن أصحابنا من قال : لا يسترجع لأنه كالكتابة الصحيحة فى العتق والكسب .

(فصل) فإن كاتب عبداً صغيراً أو مجنونا فأدى ما كاتبه عليه عتق بوجود الصفة وهل يكون حكمها حكم الكتابة الفاسدة مع البالغ فى ملك ما فضل فى يده من الكسب وفى التراجع . فيه وجهان

(أحدهما) وهو قول أبى إسحاق : انه لا يملك ما فضل فى يده من الكسب ولا يثبت التراجع وهو رواية المزنى فى المجنون لأن العقد مع الصبى ليس بعقد ولهذا لو ابتاع شيئاً وقبضه وتلف فى يده لم يلزمه الضمان بخلاف البالغ ، فان عقده عقد يقتضى الضمان ، ولهذا لو اشترى شيئاً ببيع فاسد وتلف عنده لزمه الضمان (والثانى) وهو قول أبى العباس أنه يملك ما فضل من الكسب ويثبت بينهما التراجع ، وهو رواية الربيع فى المجنون لأنه كتابة فاسدة فأشبهت كتابة البالغ بشرط فاسد .

(فصل) وإن كاتب بعض عبده ، وقلنا انه لا يصح فلم يفسخ حتى أدى المال عتق لوجود الصفة وتراجعا وسرى العتق إلى باقيه لأنه عتق بسبب منه ، فان كاتب شركا له فى عبد من غير إذن شريكه نظرت ، فإن جمع كسبه ودفع نصفه إلى الشريك ونصفه إلى الذى كاتبه عتق لوجود الصفة فان جمع الكسب كله وأداه ففيه وجهان .

(أحدهما) لا يعتق لأن الاداء يقتضى أداء ما يملك التصرف فيه وما أداه من مال الشريك لا يملك التصرف فيه .

(والثانى) يعتق لأن الصفة قد وجدت ، فإن كاتبه بإذن شريكه ، فان قلنا : انه باطل فالحكم فيه كالحكم فيه اذا كاتبه بغير اذنه ، وان قلنا : انه صحيح ودفع نصف الكسب الى الشريك ونصفه الى الذى كاتبه عتق ، فان جمع الكسب كله ودفعه الى الذى كاتبه فقد قال بعض أصحابنا فيه وجهان كالقسم قبله ، والمذهب انه لا يعتق لأن الكتابه صحيحة والمغلب فيها حكم المعاوضة ، فاذا دفع فيها ما لا يملكه صار كالو لم يؤد بخلاف القسم قبله فانها كتابة فاسدة والمغلب فيها الصفه واذا حكمنا بالعتق فى هذه المسائل فى نصيبه ، فان كان المعتق موسراً سرى الى نصيب الشريك وقوم عليه لأنه عتق بسبب منه ، ولا يلزم العبد ضمان السراية لانه لم يلتزم ضمان ما سرى اليه .

(فصل) وان كاتب عبيداً على مال واحد ، وقلنا ان الكتابة صحيحة فأدى بعضهم عتق لانه برىء مما عليه ، وان قلنا : ان الكتابة فاسدة فأدى بعضهم ، فالمنصوص انه يعتق لان الكتابة الفاسدة محمولة على الكتابة الصحيحة فى الاحكام فكذلك فى العتق بالاداء . ومن أصحابنا من قال : لا يعتق ، وهو الاظهر لان العتق فى الكتابة الفاسدة بالصفة وذلك لم يوجد بأداء بعضهم .

باب اختلاف المولى والمكاتب

اذا اختلفا فقال السيد : كاتبتك وأنا مغلوب على عقلى أو محجور على فأنكر العبد ، فان كان قد عرف له جنون أو حجر فالقول قوله مع يمينه لأن الاصل بقاؤه على الجنون أو الحجر ، وان لم يعرف له ذلك فالقول قول العبد ، لان الظاهر عدم الجنون والحجر . وان اختلفا فى قدر المال أو فى نجومه تحالفا قياسا على المتبايعين اذا اختلفا فى قدر الثمن أو فى الأجل ، فان كان ذلك قبل العتق فهل تنفسخ بنفس التحالف أو يفتقر الى الفسخ فيه وجهان كما ذكرناه فى المتبايعين وان كان التحالف بعد العتق لم يرتفع العتق ويرجع المولى بقيمته ويرجع المكاتب بالفضل كما نقول فى البيع الفاسد .

(فصل) وان وضع شيئاً عنه من مال الكتابة ، ثم اختلفا فقال السيد :

وضعت النجم الاخير ، وقال المكاتب بل الأول فالقول قول السيد ، وان كاتبه على ألف درهم فوضع عنه خمسين ديناراً لم يصح لانه أبرأه مما لا يملكه ، فان قال أردت ألف درهم بقيمة خمسين ديناراً صح ، وان اختلفا فيما عنى فادعى المكاتب أنه عنى ألف درهم بقيمة خمسين ديناراً وأنكر السيد ذلك فالقول قول السيد لان الظاهر معه ولانه أعرف بما عنى ، وان أدى المكاتب ما عليه فقال له المولى أنت حر ، وخرج المال مستحقا فادعى العبدان عتقه بقوله : أنت حر ، وقال المولى : أردت أنك حر بما أديت ، وقد بان أنه مستحق فالقول قول السيد لانه يحتمل الوجهين وهو أعرف بقصده ، وان قال السيد استوفيت أو قال العبد أليس أوفيتك فقال بلى ، فادعى المكاتب انه وفاه الجميع ، وقال المولى : بل وفانى البعض فالقول قول السيد لأن الاستيفاء لا يقتضى الجميع .

(فصل) وان كان المكاتب جارية وأتت بولد فاختلفا فى ولدها ، وقلنا ان الولد يتبعها ، فقالت الجارية ولدته بعد الكتابة فهو موقوف معى ، وقال المولى بل ولدته قبل الكتابة فهو لى فالقول قول السيد لان هذا اختلاف فى وقت العقد والسيد يقول العقد بعد الولادة والمكاتبة تقول قبل الولادة ، والاصل عدم العقد ، وان كاتب عبداً ثم زوجه أمة له ثم اشترى المكاتب زوجته وأتت بولد فقال السيد : أتت به قبل الشراء فهو لى ، وقال العبد : بل أتت به بعد ما اشتريتها فهو لى فالقول قول العبد لأن هذا الاختلاف فى الملك ؛ والظاهر مع العبد لأنه فى يده بخلاف المسئلة قبلها ، فان هناك لم يختلفا فى الملك ، وإنما اختلفا فى وقت العقد .

(فصل) وإن كاتب عبدين فأقر انه استوفى ماعلى أحدهما أو أبرأ أحدهما ، واختلف العبدان فادعى كل واحد منهما انه هو الذى استوفى منه أو أبرأه رجع الى المولى ، فان أخبر أنه أحدهما قبل منه لانه أعرف بمن استوفى منه أو أبرأه ، فان طلب الآخر يمينه حلف له ، وان ادعى المولى أنه أشكل عليه لم يقرع بينهما لأنه قد يتذكر ، فان ادعيا أنه يعلم حلف لكل واحد منهما وبقيا على الكتابة ، ومن أصحابنا من قال : ترد الدعوى عليهما ، فان حلفا أو نكلا بقيا

على الكتابة ؛ وإن حلف أحدهما ونكل الآخر عتق الحالف وبقى الاخر على الكتابة . وإن مات المولى قبل أن يعين ففيه قولان . أحدهما يقرع بينهما لأن الحرية تعينت لأحدهما ولا يمكن التعيين بغير القرعة فوجب تمييزها بالقرعة ، كما لو قال لعبدين أحدكما حر ، والثانى أنه لا يقرع لان الحرية تعينت فى أحدهما فاذا أقرع لم يؤمن أن تخرج القرعة على غيره ، فعلى هذا يرجع إلى الوارث ، فان قال لا أعلم حلف لكل واحد منهما وبقيا على الكتابة على ما ذكرناه فى المولى .

(فصل) وإن كاتب ثلاثة أعبد فى عقود أو فى عقد على مائة وقلنا إنه يصح وقيمة أحدهم مائة وقيمة كل واحد من الاخرين خمسون فأدوا مالا من أيديهم ثم اختلفوا ، فقال من كثرت قيمته النصف لى ولكل واحد منكما الربع . وقال الآخران بل المال بيننا أثلاثاً ويبقى عليك تمام النصف وينفضل لكل واحد منا ما زاد على الربع فقد قال فى موضع القول قول من كثرت قيمته . وقال فى موضع القول قول من قلت قيمته : فمن أصحابنا من قال هى على قولين . أحدهما أن القول قول من قلت قيمته وان المؤدى بينهم أثلاثاً ، لأن يد كل واحد منهم على ثلث المال . والثانى أن القول قول من كثرت قيمته لأن الظاهر معه ، فان العادة أن الانسان لا يؤدى أكثر مما عليه .

ومنهم من قال هى على اختلاف حالين ، فالذى قال القول قول من كثرت قيمته إذا وقع العتق بالأداء لأن الظاهر أنه لا يؤدى أكثر مما عليه . والذى قال ان القول قول من قلت قيمته إذا لم يقع العتق بالاداء فيؤدى من قلت قيمته أكثر مما عليه ليكون الفاضل له من النجم الثانى . والدليل عليه انه قال فى الأم : اذا كاتبهم على مائة فأدوا ستين ، فاذا قلنا انه بينهم على العدد أثلاثاً فأراد العبدان أن يرجعا بما فضل لهما لم يجز لان الظاهر أنهما تطوعا بالتعجيل فلا يرجعان به ويحتسب لهما من النجم الثانى .

(فصل) وان كاتب رجلان عبداً بينهما فادعى المكاتب أنه أدى اليهما مال الكتابة فأقر أحدهما وأنكر الاخر عتق حصة المقر والقول قول المنكر مع يمينه فاذا حلف بقيت حصته على الكتابة فله أن يطالب المقر بنصف ما أقر بقبضه

وهو الربع لحصول حقه فى يده ويطالب المكاتب بالباقى، وله أن يطالب المكاتب بالجميع وهو النصف ، فإن قبض حقه منهما أو من أحدهما عتق المكاتب ، وليس لأحد من المقر والمكاتب أن يرجع على صاحبه بما أخذه منه لأن كل واحد منهما يدعى أن الذى ظلمه هو المنكر فلا يرجع على غيره . وإن وجد المكاتب عاجزاً فعجزه أحدهما رق نصفه .

قال الشافعى رحمه الله : ولا يقوّم على المقر ، لأن التقويم لحقّ العبد وهو يقول أنا حر مسترق ظلما فلا يقوم ولا تقبل شهادة المصدق على المكذب لأنه يدفع بها ضرراً من استرجاع نصف ما فى يده ، فإن ادعى المكاتب انه دفع جميع المال إلى أحدهما ليأخذ منه النصف ويدفع إلى شريكه النصف نظرت فإن قال المدعى عليه دفعت الى كل واحد منا النصف وأنكره الاخر عتق حصة المدعى عليه بإقراره وبقيت حصة المنكر على الكتابة من غير يمين ، لأنه لا يدعى عليه واحد منهما تسليم المال اليه ، وله أن يطالب المكاتب بجميع حقه ، وله أن يطالب المقر بنصفه والمكاتب بنصفه ولا يرجع واحد منهما بما يؤخذ منه على الاخر لأن كل واحد منهما يدعى أن الذى ظلمه هو المنكر فلا يرجع على غيره ، فإن استوفى المنكر حقه منهما أو من المكاتب عتقت حصته وصار المكاتب حراً . وان عجز المكاتب فاسترقه فقد قال الشافعى رحمه الله إنه يقوّم على المقر، ووجهه انه عتق نصيبه بسبب من جهته . وقال فى المسئلة قبلها لا يقوم ، فمن أصحابنا من نقل جوابه فى كل واحدة منهما الى الأخرى فجعلهما على قولين . ومنهم من قال يقوّم ههنا ولا يقوم فى المسئلة قبلها على ما نص عليه ، لأن فى المسئلة قبلها يقول المكاتب أنا حر فلا أستحق التقويم على أحد ، وههنا يقول نصفى مملوك فأستحق التقويم وإن قال المدعى عليه قبضت المال وسلمت نصفه الى شريكى وأمسكت النصف لنفسى وأنكر الشريك القبض عتق حصة المدعى عليه والقول قول المنكر مع يمينه لأن المقر يدعى التسليم اليه ، فاذا حلف بقيت حصته على الكتابة وله أن يطالب المكاتب بجميع حقه بالعقد ، وله أن يطالب المقر بإقراره بالقبض فان رجع على المقر لم يرجع المقر على المكاتب لأنه يقول إن شريكى ظلمنى . وان رجع على المكاتب رجع المكاتب على المقر صدقه على الدفع أو كذبه لأنه فرط

فى ترك الاشهاد فإن حصل المنكر ماله من أحـــدهما عتق المكاتب ، وإن عجز المكاتب عن أداء حصة المنكر كان المنـكر أن يسترق نصيبه ، فاذا رق قوم على المقر لأنه عتق بسـبب كان منه وهو الـكتابة ويرجع المنـكر على المقر بنصف ما أقر بقبضه ، لأنه بالتعجيز استحق نصف كسبه ، وإن حصل المـال من جهة المكاتب عتق باقيه ورجع المكاتب على المقر بنصف ما أقر بقبضه لأنه كسبه .

﴿ كتاب عتق أمهـات الأولاد ﴾

إذا علقت الأمة بولد حر فى ملك الواطىء صارت أم ولد له فلا يملك بيعها ولا هبتها ولا الوصية بها لمـا ذكرناه فى البيوع ، فان مات السيد عتقت لمـا روى ابن عباس رضى الله عنه أن النبى صلى الله عليه وسـلم قال : من ولدت منه أمته فهى حرة من بعد موته وتعتق من رأس المـال ، لأنه إتلاف حصل بالاستمتاع فاعتبر من رأس المـال كالإتلاف بأكل الطيب ولبس الناعم ، وإن علقت بولد مملوك فى غير ملك من زوج أو زنا لم تصر أم ولد له لأن حرمة الاستيلاد إنما تثبت للأم بحرية الولد . والدليل عليه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم ذكرت له مارية القبطية فقال أعتقها ولدها ، والولد ههنا مملوك فلا يجوز أن تعتق الأم بسببه ، وإن علقت بولد حر بشبهة من غير ملك لم تصر أم ولد فى الحال ، فاذا ملكها ففيه قولان .

(أحدهما) لا تصير أم ولد لأنها علقت منه فى غير ملكه فأشبه إذا علقت منه فى نكاح فاسد أو زنا .

(والثانى) إنها تصير أم ولد لأنها علقت منه بحر ، فأشبه إذا علقت منه فى ملكه ، وان علقت بولد مملوك فى ملك ناقص وهى جارية المكاتب إذا علت من مولاها ففيه قولان (أحـدهما) أنها لا تصير أم ولد لأنها علقت منه بمملوك (والثانى) أنها تصير أم ولد لأنه قد ثبت لهذا الولد حق الحريه ، ولهذا لا يجوز بيعه فتبعه هذا الحق لأمه .

(فصـل) وإن وطىء أمته فأسقطت جنينا ميتاً كان حكمه حكم الولد الحى فى الاستيلاد لأنه ولد . وإن أسقطت جزءاً من الادمى كالعين والظفر أو مضغة

فشهد أربع نسوة من أهل المعرفة والعدالة انه تخطط وتصور ثبت له حكم الولد لأنه قد علم انه ولد ، وان ألقت مضغه لم تتصور ولم تتخطط وشهد أربع من أهل العدالة والمعرفة انه مبتدأ خلق الادمى ، ولو بقى لكان آدميا ، فقد قال ههنا ما يدل على أنها لا تصير أم ولد ، وقال فى العدد تنقضى به العدة ، فن أصحابنا من نقل جواب كل واحدة منهما إلى الاخرى وجعلها على قولين . أحدهما لا يثبت له حكم الولد فى الاستيلاد ولا فى انقضاء العدة لأنه ليس بولد ، والثانى يثبت له حكم الولد فى الجميع لأنه خلق بشر فأشبه إذا تخطط . ومنهم من قال : لا يثبت له حكم الولد فى الاستيلاد وتنقضى به العدة ، لأن حرمة الاستيلاد تتعلق بوجود الولد ، ولم يوجد الولد ، والعدة تراد لبراءة الرحم ، وبراءة الرحم تحصل بذلك .

(فصل) ويملك استخدام أم الولد وإجارتها ويملك وطأها لأنها باقية على ملكه ، وانما ثبت لها حق الحرية بعد الموت ، وهذه التصرفات لا تمنع العتق فبقيت على ملكه ، وهل يملك تزويجها ؟ فيه ثلاثة أقوال (أحدها) يملك لأنه يملك رقبتها ومنفعتها فملك تزويجها كالامة القنة (والثانى) يملك تزويجها برضاها ولا يملك من غير رضاها لانها تستحق الحرية بسبب لا يملك المولى ابطاله فملك تزويجها برضاها ولا يملك بغير رضاها كالمكاتبة (والثالث) لا يملك تزويجها بحال لانها ناقصة فى نفسها وولاية المولى عليها ناقصة فلم يملك تزويجها كالاخ فى تزويج أخته الصغيرة ، فعلى هذا هل يجوز للحاكم تزويجها باذنهما ، فيه وجهان

(أحدهما) وهو قول أبى على بن أبى هريرة أنه لا يملك لأنه قائم مقامهما ويعقد باذنهما ، فاذا لم يملك العقد باجتماعهما لم يملك مع من يقوم مقامهما

(والثانى) وهو قول أبى سعيد الاصطخرى انه يملك تزويجها لأنه يملك بالحكم مالا يملك بالولاية وهو تزويج الكافرة .

(فصل) وإن أتت أم الولد بولد من نكاح أو زنا تبعها فى حقها من العتق بموت السيد لأن الاستيلاد كالعتق المنجز ثم الولد يتبع الام فى العتق فكذلك فى

الاستيلاد ، فإن ماتت الأم قبل موت السيد لم يبطل الحكم فى ولدها لأنه حق استقر له فى حياة الأم فلم يسقط بموتها .

(فصــل) وإن جنت أم الولد لزم المولى أن يفديها لأنه منع من بيعها بالإحبال ولم يبلغ بها إلى حال يتعلق الأرش بذمتها ولزمه ضمان جنايتها كالعبد القن إذا جنى وامتنع المولى من بيعه ويفديها بأقل الأمرين من قيمتها أو أرش الجناية قولا واحدا ، لأن فى العبد القن إنما فداه بأرش الجناية بالغاً ما بلغ فى أحد القولين ، لأنه يمكن بيعه فربما رغب فيه من يشتريه بأكثر من قيمته وأم الولد لا يمكن بيعها فلا يلزمه أن يفديها بأكثر من قيمتها . وإن جنت ففداها بجميع القيمة ثم جنت ففيه قولان

(أحدهما) يلزمه أن يفديها لأنه إنما لزمه أن يفديها فى الجناية الأولى لأنه منع من بيعها ولم يبلغ بها حالة يتعلق الأرش بذمتها . وهذا موجود فى الجناية الثانية فوجب أن تفدى كالعبد القن إذا جنى وامتنع من بيعه ثم جنى وامتنع من بيعه والقول الثانى وهو الصحيح إنه لا يلزمه أن يفديها بل يقسم القيمة التى فدى بها الجنايه الأولى بين الجنايتين على قدر أرشهما ، لأنه بالإحبال صار كالمتلف لرقبتها فلم يضمن أكثر من قيمتها ، وتخالف العبد القن فإنه فداه لأنه امتنع من بيعه والامتناع يتكرر فتكرر الفداء ، وههنا لزمه الفداء للإتلاف بالاحبال . وذلك لا يتكرر فلم يتكرر الفداء

وإن جنت ففداها ببعض قيمتها ثم جنت ، فإن بقى من قدر قيمتها ما يفدى به الجناية الثانية لزمه أن يفديها ، وإن بقى ما يفــدى به بعض الجناية الثانية فعلى القولين ، إن قلنا يلزمه أن يفدى الجناية الثانية لزمه أن يفديها . وان قلنا يشارك الثانى الأول فى القيمة ضم ما بقى من قيمتها إلى ما فدى به الجناية الاولى ثم يقسم الجميع بين الجنايتين على قدر أرشهما .

(فصــل)

وإن أسلمت أم ولد نصرانى تركت على يد امرأة ثقة وأخذ المولى بنفقتها الى أن تموت فتعتق ، لانه لا يمكن بيعها لما فيه من إبطال حقها من العتق المستحق

بالاستيلاد ولا يمكن إعتاقها لما فيه من إبطال حق المولى ، ولا يمكن إقرارها فى يده لما فيه من الصغار على الاسلام فلم يبق إلا ما ذكرناه . وإن كاتب كافر عبداً كافراً ثم أسلم العبد بقى على الكتابة لأنه أسلم فى حال لا يمكن مطالبة المالك ببيعه أو اعتاقه وهو خارج عن يده وتصرفه فبقى على حالته ، فإن عجز ورق أمر ببيعه .

باب الولاء

إذا أعتق الحر مملوكاً ثبت له عليه الولاء لما روت عائشة رضى الله عنها قالت اشتريت بريرة واشترط أهلها ولاءها ، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم اعتقى فانما الولاء لمن أعتق

وإن عتق عليه بتدبير أو كتابة أو استيلاد أو قرابة ، أو أعتق عنه غيره ثبت له عليه الولاء لأنه عتق عليه فثبت له الولاء ، كما لو باشر عتقه . وإن باع الرجل عبده من نفسه ففيه وجهان :

(أحدهما) انه يثبت له عليه الولاء ؛ لأنه لم يثبت عليه رق غيره

(والثانى) لا ولاء عليه لأحد ، لأنه لم يعتق عليه فى ملكه ولا يملك العبد الولاء على نفسه فلم يكن عليه ولاء

(فصل) وإن أعتق المكاتب عبداً بإذن المولى وصححنا عتقه ففى ولائه قولان : أحدهما أنه للسيد لأن العتق لا ينفك من الولاء والمكاتب ليس من أهله فوجب أن يكون للسيد .

(والثانى) انه موقوف فإن عتق فهو له فان عجز فهو للسيد لأن المعتق هو المكاتب فوقف الولاء عليه ، فان مات العبد المعتق قبل عجز المكاتب أو عتقه ففى ماله قولان :

(أحدهما) أنه موقوف على ما يكون من أمر المكاتب كالولاء .

(والثانى) إنه للسيد لأن الولاء يجوز أن ينتقل لجاز أن يقف والارث لا يجوز أن ينتقل فلم يجز أن يقف .

(فصل) وإن أعتق مسلم نصرانيا أو أعتق نصرانى مسلما ثبت له الولاء ، لأن الولاء كالنسب ، والنسب يثبت مع اختلاف الدين فكذلك الولاء ؛ وان أعتق المسلم نصرانيا فلحق بدار الحرب فسبى لم يجز استرقاقه لأن عليه ولاء المسلم فلا يجوز إبطاله وان أعتق ذمى عبده فلحق بدار الحرب وسبى ففيه وجهان .

(أحدهما) لا يجوز أن يسترق لأنه لا يلزمنا حفظ ماله فلم يجز إبطال ولائه بالاسترقاق كالمسلم .

(والثانى) يجوز لان معتقه لو لحق بدار الحرب جاز استرقاقه فكذلك عتيقه وان أعتق حربى عبداً حربيا ثبت له عليه الولاء ، فإن سبى العبد المعتق أو سبى مولاه واسترق بطل ولاؤه لأنه لا حرمة له فى نفسه ولا ماله ، وان أعتق ذمى عبداً ثم لحق بدار الحرب فملكه عبده وأعتقه صار كل واحد منهما مولى الآخر لأن كل واحد منهما أعتق الآخر .

(فصل) وان اشترك اثنان فى عتق عبد اشتركا فى الولاء لاشتراكهما فى العتق ، وإن كاتب رجل عبداً ومات وخلف اثنين فأعتق أحدهما نصيبه أو ابرأه عما له عليه ، فإن قلنا : لا يقوم عليه فأدى ما عليه للآخر كان ولاؤه للاثنين لأنه عتق بالكتابة على الأب ، وقد ثبت له الولاء فانتقل اليهما ، وان عجز عما عليه للآخر فرق نصيبه ففى ولاء النصف المعتق وجهان .

(أحدهما) انه بينهما لأنه عتق بحكم الكتابة فثبت الولاء للأب وانتقل اليهما

(والثانى) أنه للمعتق خاصة لأنه هو الذى أعتقه ووقف الاخر عن العتق ، وان قلنا انه يقوم فى الحال فقوم عليه ثبت الولاء للمقوم عليه فى المقوم لأن بالتقويم انفسخت الكتابة فيه وعتق عليه ، وأما النصف الآخر فانه عتق بالكتابة وفى ولائه وجهان (أحدهما) أنه بينهما (والثانى) أنه للمعتق خاصة ، وان قلنا يؤخر التقويم ، فإن أدى عتق بالكتابة وكان الولاء لهما ، وان عجز ورق قوم على المعتق وثبت له الولاء على النصف المقوم لأنه عتق عليه ؛ والنصف الاخر عتق بالكتابة وفى ولائه وجهان .

(فصل) ولا يثبت الولاء لغير المعتق ، فإن أسلم رجل على يد رجل

أو التقط لقيطاً لم يثبت له عليه الولاء لحديث عائشة رضى الله عنها ، فانما الولاء لمن أعتق ، وإنما فى اللغة موضوع لاثبات المذكور ونفى ما عداه فدل على اثبات الولاء للمعتق ونفيه عمن عداه ولأن الولاء ثبت بالشرع ولم يرد الشرع فى الولاء الا لمن أعتق وهذا المعنى لا يوجد فى غيره فلا يلحق به .

(فصل) ولا يجوز بيع الولاء ولا هبته لما روى ابن عمر رضى الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الولاء وعن هبته ولان الولاء كالنسب والدليل عليه قوله صلى الله عليه وسلم الولاء لحمة كلحمة النسب والنسب لا يصح بيعه وهبته فكذلك الولاء ، وان أعتق عبداً سائبة على ان لا ولاء عليه عتق وثبت له الولاء لقوله عز وجل « ما جعل الله من بحيرة ولا سائبة ولا وصيلة ولا حام » ولان هذا فى معنى الهبة وقد بينا أنه لا يصح هبته .

(فصل) وإن مات العبد المعتق وله مال ولا وارث له ورثه المولى لما روى يونس عن الحسن أن رجلا أتى النبى صلى الله عليه وسلم برجل وقال : اشتريته وأعتقته فقال هو مولاك ان شكرك فهو خير له ، وان كفرك فهو شر له وخير لك فقال فما أمر ميراثه فقال : ان ترك عصبة فالعصبة أحق وإلا فالولاء ، وان كان له عصبة لم يرث للخبر ولأن الولاء فرع للنسب فلا يورث به مع وجوده ، وإن كان له من يرث الفرض ، فان كان ممن يستغرق المال بالفرض لم يرثه لأنه إذا لم ترث العصبات مع من يستغرق المال بالفرض فلأن لا يرث المولى أولى ، وان كان ممن لا يستغرق المال ورث ما فضل عن أهل الفرض ، لما روى عبد الله ابن شداد قال : أعتقت ابنة حمزة مولى لها فمات وترك ابنته وابنة حمزة فأعطى النبى (ص) ابنة حمزة النصف وابنته النصف .

(فصل) وإن مات العبد والمولى ميت كان الولاء لعصبات المولى دون سائر الورثة ، لأن الولاء كالنسب لما ذكرناه من الخبر ، والنسب إلى العصبات دون غيرهم ويقدم الاقرب فالأقرب ، لما روى سعيد بن المسيب رحمة الله عليه أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : المولى أخ فى الدين ونعمة يرثه أولى الناس بالمعتق ولان فى عصبات الميت يقدم الاقرب فالاقرب وكذلك فى عصبات المولى

فإن كان للمولى ابن وابنة كان الميراث للابن دون البنت لأنا بينا أنه لا يرث الولاء غير العصبات والبنت ليست من العصبات ولان الولاء كالنسب ثم المرأة لا ترث بالقرابة من الميت إذا تباعد نسبها منه وهي بنت الاخ والعمه فلأن لا ترث بنت المولى وهو مؤخر عن النسب أولى ، وإن كان له أب وابن أو أب وابن ابن فالميراث للابن لان تعصيب الإبن أقوى لانه يسقط تعصيب الاب ، فان لم يكن بنون فالولاء للأب دون الجد والأخ لأنه أقرب منهما ، وان ترك جدا وأخا ، ففيه قولان .

(أحدهما) انهما يشتركان كما يشتركان فى ارث النسب .

(والثانى) يقدم الاخ لان تعصيبه كتعصيب الابن وتعصيب الجد كتعصيب الاب ، وإنما لم يقدم فى ارث النسب للإجماع وليس فى الولاء إجماع فوجب ان يقدم فان ترك جداً وابن أخ فهو على القولين ، ان قلنا ان الجد والأخ يشتركان قدم الجد ، وإن قلنا : ان الأخ يقدم قدم ابنه ، وان ترك أبا الجد والعم ، فعلى القولين ، ان قلنا ان الجد والاخ يشتركان قدم أبو الجد ، وان قلنا ان الاخ يقدم قدم العم ، وان اجتمع الأخ من الأب والأم والأخ من الاب قدم الاخ من الأب والام كما يقدم فى الارث بالنسب .

ومن أصحابنا من قال : فيه قولان :

(أحدهما) يقدم لما قلناه .

(والثانى) انهما سواء لأن الام لا ترث بالولاء فلا يرجح بها من يدلى بها فان لم يكن للمولى عصبة وله مولى فالولاء لمولاه لان المولى كالعصبة ، فان لم يكن له مولى فلعصبة مولاه ، فان لم يكن له مولى ولا عصبة مولى ؛ وهناك مولى لعصبة المولى نظرت ، فإن كان مولى أخيه أو مولى ولده لم يرث ، لأن انعامه على أخيه لا يتعدى اليه ، وإن كان مولى أبيه أو جده ورث ، لأن انعامه عليه انعامه على نسله .

(فصل) فان أعتق عبداً ثم مات وخلف اثنين ثم مات أحدهما وترك ابنا ثم مات العبد وله مال ورثه الكبر من عصبة المولى وهو الإبن دون ابن الابن

لما روى الشعبي قال : قضى عمر وعلى وزيد رضىالله عنهم أن الولاء للكبر ولان الولاء يورث به ولا يورث .

والدليل عليه ما روى جابر رضى الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : الولاء لحمة كلحمه النسب لا يباع ولا يوهب ولا يورث ، فإذا ثبت أنه لا يورث ثبت أنه انما يورث بما ثبت للمولى من الولاء فوجب أن يكون للكبر لانه أقرب إلى المولى ، وان مات المولى وخلف ثلاثة بنين ثم مات أحدهم وخلف ابنا ومات الثانى وخلف أربعة ومات الثالث وخلف خمسة ثم مات العبد المعتق كان ماله بين العشرة بالسوية لتساويهم فى القرب ، ولو ظهر للمولى مال كان بينهم اثلاثا لا بن الابن الثلث والأربعة الثلث وللخمسة الثلث : لأن المال انتقل الى أولاده اثلاثا ثم انتقل ما ورث كل واحد منهم إلى أولاده والولاء لم ينتقل إلى أولاده ، وإنما ورثوا مال العبد لقربهم من المولى الذى ثبت له الولاء وهم فى القرب منه سواء فتساووا فى الميراث .

(فصل) إذا تزوج عبد لرجل بمعتقة لرجل فأتت منه بولد ثبت لمولى الام الولاء على الولد لانه عتق باعتاق الام فكان ولاؤه لمولاها ، فان أعتق بعد ذلك مولى العبد عبده انجر ولاء الولد من موالى الأم الى موالى العبد .

والدليل عليه ماروى هشام بن عروة عن أبيه قال : مر الزبير بموال لرافع ابن خديج فأعجبوه فقال لمن هؤلاء ، فقالوا هؤلاء موال لرافع بن خديج أمهم لرافع بن خديج وأبوهم عبد لفلان فاشترى الزبير أباهم فأعتقه ثم قال أنتم موالى فاختصم الزبير ورافع إلى عثمان رضى الله عنه فقضى عثمان للزبير . قال هشام : فلما كان معاوية خاصمرنا فيهم أيضاً فقضى لنا معاوية . ولأن الولاء فرع للنسب والنسب معتبر بالارث ، وإنما ثبت لمولى الأم لعدم الولاء من جهة الأب كولد الملاعنة نسب إلى الأم لعدم النسب من جهة الاب ، فاذا ثبت الولاء على الأب عاد الولاء إلى موضعه كولد الملاعنه إذا اعترف به الزوج وان أعتق جد الولد دون الأب فني ولائه ثلاثة أوجه .

(أحدها) ينجر الولاء الى معتقه لأنه كالأب فى الانتساب اليه والولاية ، فكان كالأب فى جر الولاء الى معتقه .

(والثانى) لا ينجر ، لأن بينه وبين الولد الأب فلا ينجر الولاء الى معتقه كالأخ (والثالث) ان كان الأب حيا لم ينجر الولاء الى معتقه ، وان كان ميتا انجر لان مع موته ليس غيره أحق ومع حياته من هو أحق ، فإن قلنا : انه ينجر الولاء الى معتقه فانجر ثم أعتق الأب انجر من مولى الجد الى مولى الأب لأنه أقوى من الجد فى النسب وأحكامه .

(فصـل) وان تزوج عبد رجل بأمة آخر فأتت منه بولد ثم أعتق السيد الامة وولدها ثبت له عليها الولاء ، فان أعتق العبد بعد ذلك لم ينجر ولاء الولد الى مولى العبد والفرضيون يعبرون عن علة ذلك أنه ولد مسه الرق ثم ناله العتق والعلة فى ذلك ان المعتق أنعم على الولد بالعتق فكان أحق بولائه ممن أنعم على أبيه وتخالف ما قبلها ، فان أحدهما أنعم على الام ، والاخر أنعم على الاب فقدم المنعم على الأب لأن النسب اليه والولاء فرع للنسب ، وههنا أحدهما أنعم على الولد نفسه والآخر أنعم على أبيه فقدم المنعم عليـه على المنعم على أبيه ، وان تزوج عبد لرجـل بجارية آخر فحبلت منه ثم أعتقت الجـارية وهى حامل ثبت الولاء على الجـارية وحملها ، فان أعتق العبد بعد ذلك لم ينجر الولاء الى مولاه لما ذكرناه من العلة ، وان تزوج حر لا ولاء عليه بمعتقة رجل فأتت منه بولد لم يثبت عليه الولاء لموالى الأم لأن الاستدامه فى الأصول أقوى من الابتداء ثم ابتداء الحرية فى الاب تسقط استدامه الولاء لموالى الام فلأن تمنع استدامة الحرية فى الأب ابتداء الولاء لموالى الأم أولى ، وان تزوج عبد لرجل بمعتقة لاخر وأولدها ولدا ثبت الولاء على الولد لموالى الام ، فان اشترى الولد اباه عتق عليه وثبت له الولاء عليه وهل ينجر ولاء نفسه بعتق الأب فيه وجهان . أحدهما : لا ينجر ، لأنه لا يملك ولاء نفسه ، فعلى هذا يكون ولاؤه باقيا لموالى الام . والثانى : أنه ينجر ولاء نفسه بعتق أبيه ولا يملكه على نفسه ولكن يزيل به الولاء عن نفسه ويصير حراً لا ولاء عليه لان عتق الاب يزيل الولاء عن معتق الام .

(فصل) اذا مات رجل وخلف اثنين وعبداً فادعى العبد أن المولى كاتبه فصدقه أحدهما وكذبه الآخر، فأدى إلى المصدق كتابته عتق نصفه، وفي ولائه وجهان :

(أحدهما) أن الولاء بينهما لأنه عتق بسبب كان من أبيهما فكان الولاء بينهما (والثاني) أن الولاء للمصدق لأن المكذب أسقط حقه بالتكذيب فصار كما لو حلف أحد الاخوين على دين لأبيهما فأخذ نصفه فإن الآخر لا يشارك في نصفه وإن تزوج المكاتب بحرة فأولدها، فإن كان على الحرة ولاء لمعتق كان له ولاء الولد، فإن عتق الأب بالأداء جر ولاء ولده من معتق الأم إلى معتقه، فإن اختلف مولاه ومولى الأم: فقال مولى المكاتب قد عتق المكاتب بالأداء وجر الى ولاء الولد. وقال مولى الام لم يعتق وولاء الولد لى نظرت فإن كان المكاتب حياً عتق بإقرار سيده وانجر الولاء الى معتقه ولا يمين عليه ولا على السيد، وإن كان قد مات واختلف السيد ومولى الام، فإن كان للسيد المكاتب بينة شاهدان، أو شاهد وامرأتان، أو شاهد ويمين قضى له لأنها بينة على المال وإن لم تكن له بينة فالقول قول مولى الأم مع يمينه لأنا تيقنا رق المكاتب وثبوت الولاء لمعتق الام فلا ينتقل عنه من غير بينة وبالله التوفيق

قال المصنف رحمه الله تعالى :

كتاب الفرائض

الفرائض باب من أبواب العلم وتعلمها فرض من فروض الدين ، والدليل عليه ما روى ابن مسعود رضى الله عنه قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: تعلموا الفرائض وعلموها الناس ، فإنى امرؤ مقبوض ، وان العلم سيقبض ، وتظهر الفتن حتى يختلف الاثنان فى الفريضة فلا يجدا من يفصل بينهما ،

(فصل) وإذا مات الميت بدىء من ماله بكفنه ومؤنة تجهيزه ، لما روى خباب بن الارت قال : قتل مصعب ابن عمير رضى الله عنه يوم أحد وليس له الا نمرة كنا اذا غطينا بها رأسه خرجت رجله ، واذا غطينا رجله خرج رأسه فقال النبي صلى الله عليه وسلم : غطوا بها رأسه واجعلوا على رجله من الاذخر ولأن الميراث انما انتقل الى الورثه لانه استغنى عنه الميت وفضل عن حاجته ، والكفن ومؤنة التجهيز لا يستغنى عنه فقدم على الإرث ، ويعتبر ذلك من رأس المال لأنه حق واجب فاعتبر من رأس المال كالدين

(فصل) ثم يقضى دينه لقوله عز وجل من بعد وصية يوصى بها أو دين ولأن الدين تستغرقه حاجته فقدم على الارث ، وهل ينتقل ماله الى الورثه قبل قضاء الدين ، اختلف أصحابنا فيه : فذهب أبو سعيد الاصطخرى رحمه الله الى أنه لا ينتقل بل هو باق على ملكه الى أن يقضى دينه ، فإن حدثت منه فوائد ككسب العبد وولد الأمة ونتاج البهيمة تعلق بها حق الغرماء ؛ لأنه لو بيع كانت العهدة على الميت دون الورثة ، فدل على أنه باق على ملكه .

وذهب سائر أصحابنا الى أنه ينتقل الى الورثة ، فان حدثت منها فوائد لم يتعلق بها حق الغرماء ، وهو المذهب ، لانه لو كان باقياً على ملك الميت لوجب أن يرثه من أسلم أو أعتق من أقاربه قبل قضاء الدين ولوجب أن لا يرثه من مات من الورثة قبل قضاء الدين .

وان كان الدين أكثر من قيمة التركة فقال الوارث أنا أفكها بقيمتها وطالب

الغرماء ببيعها ففيه وجهـان بناء القولين فيما يفدى به المولى جناية العبد ، أحدهما لا يجب بيعها ، لأن الظاهر أنها لا تشترى بأكثر من قيمتها ، وقد بذل الوارث قيمتها فوجب أن تقبل . والثانى : يجب بيعها ، لأنه قد يرغب فيها من يزيد على القيمة فوجب بيعها .

(فصل) ثم تنفذ وصاياه لقوله عز وجل من بعد وصية يوصى بها أو دين ولأن الثلث بقى على حكم ماله ليصرفه فى حاجاته فقدم على الميراث كالدين .

(الشرح) حديث عبد الله بن مسعود ذكره أحمد فى رواية إبنه عبد الله بسنده إلى الاحوص عن عبد الله ولفظه «تعلموا القرآن وعلموه الناس ، وتعلموا الفرائض وعلموها ، فإنى امرؤ مقبوض ، والعلم مرفوع ، ويوشك أن يختلف اثنان فى الفريضة والمسئلة فلا يجدان أحداً يخبرهما »

وقد أخرجه أيضاً النسـائى والحاكم والدارمى والدارقطنى من رواية عوف عن سـليمان بن جابر عنه ، وفيه انقطاع بين عوف وسليمان . ورواه النضر بن شميل وشريك وغيرهما متصلا .

وأخرجه الطبرانى فى الأوسط وفى إسناده محمد بن عقبة السدوسى وثقه ابن حبان وضعفه أبو حاتم ، وفيه أيضاً سعيد بن أبىّ بن كعب ، وقد ذكره ابن حبان فى الثقات .

وقد أخرجه أيضاً أبو يعلى والبزار وفى إسنادهما من لا يعرف ، وقد أخرج نحوه الطبرانى فى الاوسط عن أبى بكر والترمذى عن أبى هريرة

وحديث خباب رواه الشيخان وأحمد وأصحاب السنن إلا ابن ماجه وله طرق عن جابر وأنس وعبد الرحمن بن عوف

والفرائض جمع فريضة كحدائق جمع حـديقه ، وهى فعيله بمعنى مفعولة مأخوذة من الفرض وهو القطع ، يقال فرضت لفلان كذا ، أى قطعت له شيئاً من المال . وقيل هى من فرض القوس ، وهو الحز الذى فى طرفه حيث يوضع الوتر ليثبت فيه ويلزمه ولا يزول . كذا قاله الخطابى . وقيل الثانى خاص بفرائض الله تعالى وهى ما ألزم به عباده لمناسبة اللزوم لما كان الوتر يلزم محله من القوس .

وقد روى عن أبى هريرة رضى الله عنه قال : قال رسول الله صلى الله عليه « تعلموا الفرائض وعلموهـا ، فإنها نصف العلم ، وهو ينسى ، وهو أول شىء ينزع من أمتى ، رواه ابن ماجه والدارقطنى والحاكم .

وروى عن عمر رضى الله عنه أنه قال : إذا لهوتم فالهو بالرمى ، وإذا تحدثتم فتحدثوا بالفرائض ، ورواه سعيد بن منصور عن جرير عن عاصم الأحول عن مورق العجلى عن عمر بن الخطاب قال : قال رسـول الله صلى الله عليه وسـلم : تعلموا الفرائض واللحن والسنة كما تعلمون القرآن .

وروى أحمد فى مسنده وغـيره عن جابر بن عبد الله رضى الله عنه أن إمرأة سعد بن الربيع جاءت إلى النبى صلى الله عليه وســلم بابنتيها من سعد فقالت : يا رسول الله هاتان ابنتا سعد بن الربيع قتل أبوهما معك فى أحـد شهيداً ، وإن عمهما أخذ مالهما ولا ينكحان إلا ولهما مال ، قال : فنزلت آية الميرات فأرسل رسول الله صلى الله عليه وسلم الى عمهما فقال : أعط إمرأة سعد الثمن وابنتى سعد الثلثين وما بقى فهو لك » .

وقال علقمة : إذا أردت أن تعلم الفرائض فأمت جيرانك . إذا ثبت هذا : فإن التوارث فى الجـاهلية كان بالحلف والنصرة ، فكان الرجل يقول للرجل : تنصرنى وأنصرك وترثنى وأرثك وتعقل عنى وأعقل عنك ، وربما تحالفوا على ذلك ، فإذا كان لأحدهما ولد كان الحليف كأحد أولاد حليفه ، وإن لم يكن له ولد فإن جميع المال للحليف ، لجاء الاسلام والنـاس على هذا : فأقرهم الله تعالى على صدر الاسلام بقوله : والذين عاقدت أيمانكم فآتوهم نصيبهم .

وروى أن أبا بكر رضى الله عنه حالف رجـلا فمات فورثه أبو بكر ثم نسخ ذلك وجعل التوارث بالاسلام والهجرة ، فكان الرجل إذا أسلم وهاجر معه من مناسبيه دون من لم يهاجر معه من منـاسبيه ، مثل أن يكون له أخ وابن مسلمان فهاجر معه الأخ دون الابن فيرثه أخوه دون ابنه ، والدليل عليه قوله تعـالى « والذين آمنوا وهـاجروا وجاهدوا بأموالهم وأنفسهم فى سبيل الله ، والذين

آووا ونصروا ، أولئك بعضهم أولياء بعض ، والذين آمنوا ولم يهاجروا ما لكم من ولايتهم من شيء حتى يهاجروا » ثم نسخ ذلك ربنا عز وجل بالميراث بالرحم بقوله تبارك اسمه « وأولوا الأرحام بعضهم أولى ببعض فى كتاب الله من المؤمنين والمهاجرين إلا أن تفعلوا الى أوليائكم معروفا » وفسر المعروف بالوصية ، وقال تعالى : للرجال نصيب مما ترك الوالدان والأقربون ، فذكر أن لهم نصيباً فى هذه الآية ، ولم يبين قدره ، ثم بين قدر ما يستحقه كل وارث فى ثلاثة مواضع من كتابه على ما نذكره فى مواضعه ان شاء الله .

واذا تقرر هذا فان الميت اذا مات أخرج من ماله كفنه وحنوطه ومؤنة تجهيزه من رأس ماله مقدما على دينه ووصيته ، موسراً كان أو معسراً ، وبه قال مالك وأبو حنيفة وأكثر أهل العلم .

وقال الزهرى : ان كان موسراً حسب ذلك من رأس المال ، وان كان معسراً احتسب من ثلثه . وقال خلاس بن عمرو : يحتسب من ثلثه بكل حال . دليلنا ماروى خباب فى الحديث الذى ساقه المصنف ولم يسل رسول الله صلى الله عليه وسلم عن ثلث ماله ، وروى أن الرجل الذى قضى وهو محرم ، قال النبى صلى الله عليه وسلم : كفنوه فى ثوبيه اللذين مات فيهما ، ولم يعتبر الثلث ، ولأن الميراث انما نقل الى الورثة لاستغناء الميت عنه ، وهذا غير ما استقر من كفنه ومؤنة تجهيزه ، فقدم على الارث ثم يقضى دينه — ان كان عليه دين ثم تخرج وصاياه لقوله تعالى « من بعد وصية يوصى بها أو دين » وأجمعت الأمة على أن الدين مقدم على الوصية ، وهل ينتقل ماله الى ورثته قبل قضاء الدين ؟ اختلف أصحابنا فيه فذهب أكثرهم الى أنه ينتقل اليهم قبل قضاء الدين .

وقال أبو سعيد الاصطخرى : لا ينتقل اليهم حتى يقضى الدين ، هكذا ذكر الشيخان أبو حامد الاسفرايينى وأبو اسحاق المروزى عن أبى سعيد من غير تفصيل ، وأما ابن الصباغ فحكى عنه : ان كان الدين لا يحيط بالتركة لم يمنع الدين من انتقال المال الى الورثة الا بقدره ، واحتج بأنه لو بيع شيء من ماله بعد موته لكانت العهدة على الميت دون الورثة ، فدل على بقاء ملكه .

فعلى هذا اذا حدث من المال فوائد أو نماء قبل الدين كان ذلك ملكا للميت فيقضى منه دينه ، وينفذ منه وصاياه .

وقال أبو حنيفة : ان كان الدين يحيط بالتركة منع انتقال الملك الى الورثة وان كان الدين لا يحيط بالتركة لم يمنع انتقال الملك الى الورثة بحال ، لقوله تعالى « ولكم نصف ما ترك أزواجكم الآية » ولم يفرق ، ولأنه لا خلاف أن رجلا مات وخلف ابنين وعليه دين فمات أحدهما قبل قضاء الدين ، وخلف ابناً ثم أبرأ من له الدين الميت عن الدين ، فإن تركة من عليه الدين تقسم بين الابن وابن الابن ، فلو كان الدين يمنع انتقال الملك الى الورثة لكانت التركة للابن وحده ، فعلى هذا لو حصل من التركة فوائد قبل قضاء الدين فإنها للورثة ، لا يتعلق بها حق الغرماء ولا الوصية ، وان كان الدين أكثر من التركة : فقال الوارث أنا أدفع قيمة التركة من مالى ولا تباع التركة ، وطلب الغرماء بيعها ، فهل يجب بيعها ؟ فيه وجهان بناء على العبد الجانى اذا بذل سيده قيمته وطلب المجنى عليه بيعه : وكان الأرش أكثر من قيمته ، فهل يجب بيعه ؟ فيه وجهان .

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) ثم تقسم التركة بين الورثة والأسباب التى يتوارث بها الورثة المعينون ثلاثة : رحم ، وولاء ، ونكاح ، لأن الشرع ورد بالارث بها ، وأما المواخاة فى الدين والموالاة فى النصرة والارث فلا يورث بها ، لان هذا كان فى ابتداء الاسلام ثم نسخ بقوله عز وجل « وأولوا الأرحام بعضهم أولى ببعض فى كتاب الله » .

(فصل) والوارثون من الرجال عشرة الابن وابن الابن وان سفل ، والأب والجد أبو الاب وان علا ، والاخ وابن الاخ والعم وابن العم والزوج ومولى النعمة ، والوارثات من النساء سبع : البنت وبنت الابن والأم والجدة والأخت والزوجة ومولاة النعمة ، لأن الشرع ورد بتوريثهم على ما نذكره ان شاء الله تعالى .

فأما ذوو الأرحام وهم الذين لا فرض لهم ولا تعصيب فانهم لا يرثون ، وهم عشرة : ولد البنات وولد الأخوات وبنات الإخوة وبنات الأعمام وولد الاخوة من الأم والعم من الأم والعمة والخال والخالة والجد أبو الأم ومن يدلى بهم . والدليل عليه ما روى أبو أمامة رضى الله عنه أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : إن الله تعالى أعطى كل ذى حق حقه ، ولا وصية لوارث »

فأخبر أنه أعطى كل ذى حق حقه ، فدل على أن كل من لم يعطه شيئاً فلا حق له : ولأن بنت الأخ لا ترث مع أخيها فلم ترث كبنت المولى ، ولا يرث العبد المعتق من مولاه لما ذكرناه من حديث أبى أمامة ، ولقوله صلى الله عليه وسلم : إنما الولاء لمن أعتق »

(الشرح) حديث أبى أمامة الأول مضى تخريجه والكلام عليه فى كتاب الوصايا ، وأما الحديث الثانى « الولاء لمن أعتق » فهو من حديث عائشة عند أحمد والبخارى ومسلم ولفظه « أن بريرة جاءت تستعينها فى كتابتها ، ولم تكن قضت من كتابتها شيئاً ، فقالت لها عائشة : ارجعى إلى أهلك ، فان أحبوا أن أقضى عنك كتابتك ويكون ولاؤك لى فعلت ، فذكرت بريرة ذلك لأهلها فأبوا وقالوا إن شاءت أن تحتسب عليك فلتفعل ويكون لنا ولاؤك ، فذكرت ذلك لرسول الله صلى الله عليه وسلم ، فقال لها رسول الله صلى الله عليه وسلم : ابتاعى فأعتق ، فانما الولاء لمن أعتق ، ثم قام فقال : ما بال أناس يشترطون شروطاً ليست فى كتاب الله تعالى ، من اشترط شرطاً ليس فى كتاب الله فليس له وإن شرطه مائة مرة ، شرط الله أحق وأوثق »

أما الاحكام فانه يصرف مال اليتيم بعد قضاء الدين وإخراج وصيته إلى ورثته . والارث ضربان : عام وخاص ، فأما العام فهو أن يموت رجل من المسلمين ولا وارث له خاص ، فان ماله ينتقل الى المسلمين ارثاً بالتعصيب ، يستوى فيه الذكر والأنثى ، وهل يدخل فيه العامل ؟ فيه وجهان

وأما الارث الخاص فيكون بأحد أمرين بسبب أو نسب . فأما السبب فينقسم قسمين ولاء ونكاح ؛ فأما الولاء فقد مضى بيانه ، وأما النكاح فهو ارث أحد

الزوجين من الآخر على ما يأتي بيانه . وأما النسب فهم الوارثون من القرابة من الرجال والنساء ، فالرجال المجمع على توريثهم خمسة عشر ، منهم أحد عشر لايرثون الا بالتعصيب . وهم الابن وابن الابن وان سفل والاخ للأب والأم ، والاخ للأب ، وابن الاخ للأب والام ، وابن الاخ للاب ، والعم للأب والام والعم للأب ، وابن العم للأب ، والمولى المنعم . فكل هؤلاء لايرث واحد منهم فرضاً وانما يرث تعصيباً ، الا الأخ للأب والام فانه يرث بالفرض فى التركة على ما نذكره . واثنان من الرجال الوارثين تارة بالفرض وتارة بالتعصيب ، وهما الاب والجد أبو الاب وان علا . واثنان لا يرثان الا بالفرض لا غير . وهما الاخ للأم والزوج .

وأما النساء المجمع على توريثهن فعشر : وهى الابنة وابنة الابن وان سفلت والام والجدة أم الاب والاخت للاب والاخت للام والزوجه والمولاة المنعمة فأربع منهن يرثن تارة بالفرض وتارة بالتعصيب ، وهن الابنة ، وابنة الابن ، والاخت للاب والام والاخت للاب ؛ والاخت للام ، والزوجة . واحدة منهن لا ترث الا بالتعصيب وهى المولاة المنعمة

والورثة من الرجال والنساء ينقسمون ثلاثة أقسام : قسم يدلى بنفسه ، وقسم يدلى بغيره ، وقسم يدلى بنفسه وقد يدلى بغيره . فأما القسم الذى يدلى بنفسه فهم ستة . الاب والام والابن والابنة والزوج والزوجة وهؤلاء لا يحجبون بحال . وأما القسم الذى يدلى بغيره فهو من عدا من ذكر من القرابات وقد يحجبون . وأما القسم الذى يدلى بنفسه مرة وبغيره أخرى فهو من يرث بالولاء ، وقد يحجب أيضا ، وقد ورد الشرع بتوريث جميع من ذكرنا على ما يأتى بيانه .

وأما ذوو الارحام ، وهم ولد البنات وولد الاخوات ، وبنات الإخوة وولد الإخوة للأم ، والخال والخالة ، والعمة والعم للأم وبنات الاعمام وكل أحد بينه وبين الميت أم ، ومن يدلى بها ولاء .

فاختلف أهل العلم فى توريثهم على ثلاثة مذاهب ، فذهب الشافعى رضى الله عنه الى أنهم لايرثون بحال. وبه قال فى الصحابة زيد بن ثابت وابن عمر وهى احدى الروايتين عن عمر ، ومن الفقهاء الزهرى ومالك الاووزاعى واهل الشام وأبو ثور

وذهبت طائفة إلى أنهم يرثون ويقدمون على الموالى والرد ، ذهب اليه من الصحابة على بن أبى طالب وابن مسعود ومعاذ وأبو الدرداء وهو الصحيح عن عمر ، وذهب النووى وأبو حنيفة إلى أن ذوى الأرحام يرثون ؛ ولكن يقدم عليهم المولى والرد ؛ فإن كان له مولى منعم ورث ، وإن لم يكن له منعم - وهناك من له فرض كالابنة والأخت - كان الباقى لأصاحب الفرض بالرد ، وإن لم يكن هناك أحد من أهل الفروض ورث ذوو الأرحام ، وبه قال بعض أصحابنا إن لم يكن هناك إمام عادل ، وهى إحدى الروايتين عن على كرم الله وجهه إلا أنها رواية شاذة ، ولا سند لأبى حنيفة فى مذهبه غير هذه الرواية الشاذة .

دليلنا ما روى أبو أمامة الباهلى أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : إن الله تعالى قد أعطى لكل ذى حق حقه الحديث ، فظاهر النص يقتضى انه لا حق فى الميراث لمن لم يعطه الله شيئاً ، وجميع ذوى الأرحام لم يعطهم الله فى كتابه شيئاً فثبت أنه لا ميراث .

وروى أبو سلمة عن أبى هريرة أن النبى صلى الله عليه وسلم سئل عن ميراث العمة والخالة فقال : لا أدرى حتى يأتى جبريل ، ثم قال : أين السائل عن ميراث العمه والخالة ؟ أتانى جبريل فسارنى أن لا ميراث لهما .

وروى عطاء بن يسار عن ابن عمر أن النبى صلى الله عليه وسلم كان يأتى قباء على حمار أو حمارة يستخير الله فى ميراث العمة والخالة ، فأنزل الله عز وجل أن لا ميراث لهما ، ولأن كل من لم ترث مع من هو أبعد لم يرث إذا انفرد كابنة المولى ، لأن ابنة المولى لما لم ترث مع ابن المولى وهو أبعد منها لم ترث أيضاً اذا انفردت كذلك ، ولهذا لم ترث مع ابن العم وهو أبعد منها ، ولم ترث أيضاً اذا انفردت ، ولأن ابنة الأخ لما لم ترث مع أختها لم ترث اذا انفردت كابنة المولى وعكسه الابنة والأخت فانهما لما ورثتا مع أخيهما ورثتا اذا انفردتا .

(فرع) مولى الموالاة لا يرث عندنا وهو أن يقول رجل لآخر : واليتك على أن ترثنى وأرثك وتنصرنى وأنصرك وتعقل عنى وأعقل عنك ولا يتعلق بهذه الموالاة عندنا حكم ارث ولا عقل ولا غيره ، وبه قال زيد بن ثابت ومن التابعين

الحسن البصري والشعبي ومن الفقهاء الأوزاعي ومالك ، وذهب النخعي الى أن هذا العقد يلزم بكل حال ويتعلق به التوارث والعقل ولا يكون لأحدهما فسخه بحال ، وقال أبو حنيفة مولى الموالاة يرث ولكنه يؤخر عن المناسبين والموالاة وهي عقد جائز لكل واحد منهما فسخه مالم يعقل أحدهما عن الاخر ، فإذا عقل لزمه ذلك ولم يكن له سبيل الى فسخه .

دليلنا حديث بريرة « الولاء لمن أعتق » فجعل جنس الولاء للمعتق فلم يبق ولاء يثبت لغيره ولأن كل سبب لم يورث به مع وجود النسب لم يورث به مع فقده كما لو أسلم رجل على يد رجل ، ولأن عقد الموالاة لو كان سببا يورث به لم يجز فسخه وابطاله كالنسب والولاء .

قال المصنف رحمه الله :

(فصل) ولا يرث المسلم من الكافر ولا الكافر من المسلم أصليا كان أو مرتداً لما روى أسامة بن زيد رضي الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال « لا يرث المسلم الكافر ولا الكافر المسلم ويرث الذمي من الذمي » وان اختلفت أديانهم كاليهودي من النصراني والنصراني من المجوسي ، لأنه حقن دمهم بسبب واحد فورث بعضهم من بعض كالمسلمين ، ولا يرث الحربي من الذمي ولا الذمي من الحربي ، لأن الموالاة انقطعت بينهما فلم يرث أحدهما من الاخر كالمسلم والكافر .

(فصل) ولا يرث الحر من العبد ، لأن ما معه من المال لا يملكه في أحد القولين ، وفي الثاني : يملكه ملكا ضعيفاً ، ولهذا لو باعه رجع الى مالكه فكذلك اذا مات ولا يرث العبد من الحر لأنه لا يورث بحال فلم يرث كالمرتد ، ومن نصفه حر ونصفه عبد لا يرث ، وقال المزني : يرث بقدر ما فيه من الحرية ويحجب بقدر مافيه من الرق ، والدليل على أنه لا يرث أنه ناقص بالرق في النكاح والطلاق والولاية ، فلم يرث كالعبد ، وهل يورث منه ما جمعه بالحرية ؟ فيه قولان : قال في الجديد : يرثه ورثته ، لأنه مال ملكه بالحرية فورث عنه كالحر . وقال في القديم : لا يورث لانه اذا لم يرث بحريته لم يورث بها ، وما الذي

يصنع بماله . قال الشافعي رضي الله عنه : يكون لسيده . وقال أبو سعيد الاصطخرى: يكون لبيت المال ، لأنه لا يجوز أن يكون لسيده لأنه جمعه بالحرية فلا يجوز أن يورث لرقه ، فجعل لبيت المال ليصرف فى المصالح كمال لا مالك له .

(فصل) ومن أسلم أو أعتق على ميراث لم يقسم لم يرث لأنه لم يكن وارثا عند الموت فلم يرث ، كما لو أسلم أو أعتق بعد القسمة . وإن دبر رجل أخاه فعتق بموته لم يرثه ، لأنه صار حراً بعد الموت ، وإن قال له أنت حر فى آخر جزء من أجزاء حياتى المتصل بالموت ، ثم مات عتق من ثلثه ، وهل يرثه ؟ فيه وجهان (أحدهما) لا يرثه لأن العتق فى المرض وصية ، والارث والوصية لا يجتمعان (والثانى) يرثه ولا يكون عتقه وصية ، لأن الوصية ملك بموت الموصى ، وهذا لم يملك نفسه بموته .

وإن قال فى مرضه : إن مت بعد شهر فأنت اليوم حر ، فمات بعد شهر عتق يوم تلفظ ، وهل يرثه ؟ على الوجهين

(الشرح) حديث أسامة رواه أحمد والبخارى وأبو داود والترمذى وابن ماجه . وفى رواية عند الشيخين قال « يا رسول الله أتنزل غداً فى دارك بمكة ؟ قال : وهل ترك لنا عقيل من رباع أو دور . وكان عقيل ورث أبا طالب هو وطالب ، ولم يرث جعفر ولا على شيئا ، لأنهما كانا مسلمين ، وكان عقيل وطالب كافرين »

الاحكام : لا يرث الكافر من المسلم بلا خلاف ، وأما المسلم فلا يرث الكافر عندنا ، وبه قال على وزيد بن ثابت وهو قول الفقهاء كافة .

وقال معاذ ومعاوية : يرث المسلم من الكافر ، دليلنا حديث أسامة بن زيد وروى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : لا يتوارث أهل ملتين شيئاً ، والاسلام والكفر ملتان شتى فوجب أن لا يتوارثا ويرث الكافر من الكافر إذا اجتمعا فى الذمة أو فى الحرب ، فيرث اليهودى من النصرانى والعكس وكذا المجوسى إذا جمعتهم الذمة أو كانوا حرباً لنا .

فأما أهل الحرب وأهل الذمة فإنهم لا يتوارثون ، وإن كانوا من اليهود أو

النصـارى . وبه قال من الصحابه عمر وعلى وزيد بن ثابت . ومن الفقهاء مالك والثورى وأبو حنيفة . هذا نقل أصحابنا البغداديين . وقال المسعودى : الذمى هل يرث الحربى ؟ فيه قولان ، أحدهما يرثه ، لأن ملتهما واحدة ، والثانى : لا يرثه لأن حكمنا لا يجرى على الحربى . هـذا مذهبنا . وذهب الزهرى والأوزاعى وابن أبى ليلى وأحمد وإسحاق إلى أن اليهودى لا يرث من النصرانى وكذلك العكس وإن جمعتهم الملة ، وإنما يرث النصرانى من النصرانى واليهودى من اليهودى ، كما يرث أهل الحرب بعضهم بعضاً إذا تحاكموا إلينا ؛ وإن اختلفت دارهما وكان بعضهم يرى قتل بعض ، وحكم من دخل الينا بأمان أو تجارة أو رسالة حكم أهل الذمة ويرث بعضهم من بعض ، ومتى كانت امرأة الكافر ذات رحم منه من نسب أو رضاع لم يتوارثا بالنكاح ، وإن كانت غير ذات رحم محرم منه لو اسلما أقرا على نكاحهما وتوارثا بالنكاح ، وإن عقدا بغير ولى ولا شهود

(فرع) قال الشافعى : وميراث المرتد لبيت المال . قال العمرانى : وجملة ذلك أن العلماء اختلفوا فى الارث بعد موته على أربعة مذاهب ، فذهب الشـافعى رحمه الله إلى أن ماله لا يورث بل يكون فيئاً لبيت المال . سواء فى ذلك ما اكتسبه فى حال إسـلامه أو فى حال ردته ، وسواء قلنا إن ملكه يزول أو لا يزول أو موقوف . وبهذا قال ابن عباس وهى إحدى الروايتين عن على وبه قال الاوزاعى وأبو يوسف ومحمد ، وذهب قتادة وعمر بن عبد العزيز إلى أن ماله يكون لأهل الذمة التى انتقل اليها ، فإن انتقل الى اليهود كان ماله لهم . وإن انتقل الى النصارى كان ماله لهم .

وقال أبو حنيفة والثورى : ما اكتسبه قبل الردة ورث عنه ، وما اكتسبه بعد الردة يكون فيئاً . ودليلنا حديث أسامة فى الفصل ؛ والمرتد كافر ، ولأنه لا يرث بحال فلم يورث كالكافر ، والجواب على أبى حنيفة هو أن من لم يرث المسلم ما اكتسبه فى حالة إباحة دمه لم يرث ما اكتسبه فى حال حقن دمه كالذمى إذا لحق بدار الحرب . إذا ثبت هذا فهل يخمس مال المرتد ؟ فيه قولان يأتيان .

(فرع) اذا مات العبد وفى يده مال لم يرثه قرابته الأحرار ، لأن من الناس

من يقول : انه لا يملك المال ، ومنهم من قال انه يملكه اذا ملكه السيد ، وهذا ملك ضعيف يزول بزوال ملك سيده وأما من نصفه حر ومن نصفه عبد فهو على وجهه مما أورده المصنف

أما اذا مات مسلم حر وخلف أولاداً أحراراً مسلمين وأولاداً مملوكين ورثه الاولاد المسلمون الاحرار ، فإن أسلم الكفار أو أعتق العبيد بعد قسمة الميراث لم يشاركوا فى الارث بلا خلاف ، وان أسلموا أو عتقوا بعد موت أبيهم وقبل قسمة تركته لم يشاركوا فى الميراث عندنا ، وبه قال أكثر أهل العلم . وقال أكثر أهل العلم : اذا أسلموا أو عتقوا بعد موت أبيهم وقبل قسمة تركته لم يشاركوا فى الميراث عندنا وبه قال أكثر أهل العلم . وقال عمر وعثمان رضى الله عنهما : اذا أسلموا أو عتقوا قبل القسمة شاركوا فى الارث . دليلنا أن كل من لم يرث حال الموت لم يرث بعد ذلك ، كما لو أسلم أو أعتق بعد القسمه

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) واختلف أصحابنا فيمن قتل مورثه فنهم من قال : ان كان القتل مضمونا لم يرثه لأنه قتل بغير حق وان لم يكن مضمونا ورثه لأنه قتل بحق فلا يحرم به الارث . ومنهم من قال : ان كان متهما كالمخطىء أو كان حاكما فقتله فى الزنا بالبينة لم يرثه لأنه متهم فى قتله لاستعجال الميراث ، وان كان غير متهم بأن قتله بإقراره بالزنا ورثه لأنه غير متهم لاستعجال الميراث . ومنهم من قال لا يرث القاتل بحال ، وهو الصحيح لما روى ابن عباس رضى الله عنه أن النبى (ص) قال لا يرث القاتل شيئا ، ولأن القاتل حرم الارث حتى لا يجعل ذريعة الى استعجال الميراث فوجب أن يحرم بكل حال لحسم الباب

(الشرح) حديث ابن عباس رواه الدارقطنى وفى اسناده كثير بن مسلم وهو ضعيف ، وعند البيهقى حديث آخر بلفظ : من قتل قتيلا فانه لا يرثه . وان لم يكن له وارث غيره . وفى اسناده عمرو بن برق وهو ضعيف . وعن أبى هريرة عند الترمذى وابن ماجه « القاتل لا يرث » وفى اسناده اسحاق بن عبد الله بن أبى فروة تركه أحمد وغيره وأخرجه النسائى فى السنن الكبرى وقال : اسحاق متروك

ورواه أبو داود عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده « لا يرث القاتل شيئاً » وأخرجه النسائي وأعله ، والدارقطني وقواه ابن عبدالبر . ورواه مالك في الموطأ وأحمد وابن ماجه والشافعي وعبد الرزاق والبيهقي عن عمر : سمعت النبي (ص) يقول « ليس لقاتل ميراث » وفي سنده انقطاع . وقال البيهقي : ورواه محمد بن راشد عن سليمان بن موسى عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده مرفوعا ، قال الحافظ بن حجر : وكذا أخرجه النسائي من وجه آخر عن عمر وقال : انه خطأ وأخرجه ابن ماجه والدارقطني من وجه آخر عن عمر أيضا

أما الأحكام : فقد قال الشافعي رضي الله عنه : والقاتلون عمداً أو خطأ لا يرثون ، وجملة ذلك أن العلماء اختلفوا في ميراث القاتل من المقتول ، فذهب الشافعي الى أن القاتل لا يرث المقتول لا من ماله ولا من ديته ، سواء قتله عمدا أو خطأ أو مباشرة أو بسبب مصلحه . كسقي الدواء أو ربط الجرح أو لغير مصلحه متهما كان أو غير متهم ، وسواء كان القاتل صغيرا أو كبيرا ، عاقلا أو مجنونا ، وبه قال عمر بن الخطاب وابن عباس وعمر بن عبد العزيز وأحمد بن حنبل . وقال أبو إسحاق المروزي من أصحابنا : إذا كان القاتل غير متهم بأن كان حاكما لجاء مورثه فاقر عنده بقتل رجل عمداً وطلب وليه القود ، فمكنه الحاكم من قتله ، أو اعترف عندنا بالزنا وهو محصن فرجمه أو اعترف بفعل الحرابة فقتل فإنه يرثه لأنه غير متهم في قتله .

ومن أصحابنا من قال : إن كان القتل مضموناً لم يرث القاتل لأنه قتل بغير حق ، وإن كان غير مضمون بأن قتله قصاصا أو في الزنا أو كان باغياً فقتله العادل وما أشبه ذلك ورث ، لأنه قتل بحق فلا يمنع الارث . وقال عطاء وابن المسيب ومالك والاوزاعي ان كان القتل عمداً لم يرث القاتل لا من ماله ولا من ديته . وإن كان القتل خطأ ورث ماله ولم يرث من ديته . وقال أبو حنيفة وأصحابه إن قتله بمباشرة فلا يرثه سواء قتله عمداً أو خطأ إلا ان كان القاتل صبيا أو مجنوناً أو عادلا فقتل الباغي فإنهم يرثون ، وإن قتله بسبب ، مثل أن حفر بئراً أو نصب سكينا فوقع عليها مورثه أو كان يقود دابة أو يسير قدامها فرفسته فإنه يرثه وإن كان راكبا للدابة فرفست مورثه أو وطئته فمات فقال أبو حنيفه لا يرثه ،

وقال أبو يوسف ومحمد يرثه . أما نحن فدليلنا ما رويناه من حديث ابن عباس « لا يرث القاتل شيئا » وحديث عمر وحديث أبي هريرة وحديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده وكلها نصوص فى أن القاتل لا يرث . والله أعلم

قال المصنف رحمه الله تعالى

(فصل) واختلف قول الشافعي رحمه الله فيمن بت طلاق امرأته فى المرض المخوف واتصل به الموت ، فقال فى أحد القولين انها ترثه لأنه متهم فى قطع ارثها فورثت ؛ كالقاتل لما كان متهما فى استعجال الميراث لم يرث . والثانى أنها لا ترث وهو الصحيح ، لأنها بينونة قبل الموت فقطعت الارث كالطلاق فى الصحة ، فإذا قلنا انها ترث فإلى أى وقت ترث ؟ فيه ثلاثة أقوال ، أحدها ان مات وهى فى العدة ورثته لأن حكم الزوجية باق؛ وان مات وقد انقضت العدة لم ترث لأنه لم يبق حكم الزوجية . والثانى انها ترث ما لم تتزوج ، لأنها اذا تزوجت علمنا انها اختارت ذلك ، والثالث أنها ترث أبداً ، لأن توريثها للفرار ، وذلك لا يزول بالتزويج فلم يبطل حقها .

وأما اذا طلقها فى المرض ومات بسبب آخر لم ترث لأنه بطل حكم المرض ، وان سألته الطلاق لم ترث لأنه غير متهم . وقال أبو على بن ابى هريرة ترث لان عثمان بن عفان رضى الله عنه ورث تماضر بنت الاصبغ من عبد الرحمن بن عوف رضى الله عنه وكانت سألته الطلاق ، وهذا غير صحيح . فإن ابن الزبير خالف عثمان فى ذلك ، وان علق طلاقها فى الصحة على صفة تجوز ان توجد قبل المرض فوجدت الصفة فى حال المرض لم ترث ، لأنه غير متهم فى عقد الصفة ، وان علق طلاقها فى المرض على فعل من جهتها ، فإن كان فعلا يمكنها تركه ففعلت لم ترث لأنه غير متهم فى ميراثها ، وان كان فعلا لا يمكنها تركه كالصلاة وغيرها فهو على القولين ، وان قذفها فى الصحة ثم لاعنها فى المرض لم ترث ؛ لأنه مضطر الى اللعان لدرء الحد فلا تلحقه التهمة ، وان فسخ نكاحها فى مرضه بأحد العيوب ففيه وجهان ، أحدهما انه كالطلاق فى المرض، والثانى انها لا ترث لأنه يستند الى معنى من جهتها ولأنه محتاج الى الفسخ لما عليه من الضرر فى المقام معها على العيب

(فصل) وإن طلقها فى المرض ثم صح ثم مرض ومات ، أو طلقها فى مرض ثم ارتدت ثم عادت إلى الاسلام ثم مات لم ترثه قولا واحداً لأنه أتت عليها حالة لو مات سقط إرثها فلم يعد .

(الشرح) إذا طلق الرجل إمرأته فى مرض موته وقع الطلاق رجعيا فمات وهى فى العدة أو ماتت قبله فى العـدة ورث أحدهما صاحبه بلا خلاف أيضاً ، لان الرجعية حكمها حكم الزوجة إلا فى إباحة وطئها ، وهى كالحائض ، وان كان الطلاق بائنا ، فإن ماتت قبل الزوج لم يرثها الزوج وهو إجماع أيضاً لا خلاف فيه ، فإن مات الزوج قبلها فهل ترثه ؟ فيه قولان .

قال فى القديم : ترثه ، وبه قال عمر وعثمان وعلى ، ومن الفقهاء شعبة ومالك والاوزاعى والليث وسفيان بن عيينة وسفيان الثورى وابن أبى ليلى وأبو حنيفة وأصحابه وأحمد ، ووجه هذا ما روى أن عمر قال : المبتوتة فى حال المرض ترث من زوجها ، وروى أن عبد الرحمن بن عوف طلق إمرأته تماضر بنت أصبغ الكلبية فى مرض موته فورثها منه عثمان بن عفان ، وروى أن عثمان لما حصر طلق إمرأته فورثها منه على بن أبى طالب وقال : قد كان أشرف على موت ، ولانه متهم فى قطع ميراثها فغلظ عليه وورثت منه كالقاتل لما كان متهما فى القتل لاستعجال الميرات غلظ عليه فلم يرث .

وقال فى الجديد : لا ترثه ، وبه قال عبد الرحمن بن عوف وابن الزبير وأبو ثور وهو الصحيح ، لانها فرقة يقطع ميراثه منها فقطعت ميراثها عنه كأبانها فى حال الصحة وعكسه الرجعية ، ولأنها فرقة لو وقعت فى الصحة لقطعت ميراثها عنه فإذا وقعت فى المرض قطعت ميراثها عنه كاللعان ، ولانها ليست بزوجه له بدليل أنه لا يلحقها طلاقه ولا إيلاؤه ولا ظهاره ولا عدة وفاته فلم ترثه كالاجنبية .

وأما ماروى عن عمر وعثمان وعلى ، فإن ابن الزبير وعبد الرحمن بن عوف خالفاهم فى ذلك فقال ابن الزبير : أما أنا فلا أرى أن ترث مبتوتة ، وعبد الرحمن ابن عوف إنما طلق إمرأته فى مرض موته ليقطع ميراثها عنه ، فإذا قلنا فى الجديد فلا نفرع عليه ، وان قلنا بقوله القديم قال : متى ترثه ؟ فيه ثلاثة أقوال ،

أحـدها : ترثه ما دامت فى عدتها منه ، فإذا انقضت عدتها لم ترثه : وبه قال أبو حنيفة وسفيان والليث والأوزاعى وإحدى الروايتين عن أحمد ، لان الميراث للزوجة إنما يكون لزوجة أو لمن هى فى حكم الزوجات ، فما دامت فى عدتها منه فهى فى حكم الزوجات .

والثانى : أنها ترثه مالم تتزوج بغـيره ، فإذا تزوجت بغيره لم ترثه ، وبه قال ابن أبى ليلى ، وهى الرواية الصحيحة عن أحمد ، لان حقها قد ثبت فى ماله، فاذا لم يسقط ببينونتها لم يسقط بانقضاء عـدتها ، وإنما يسقط برضاها ، فاذا تزوجت فقد رضيت بفراقه وقطع حقها عنه .

والثالث : أنها ترثه ابداً سـواء تزوجت أو لم تتزوج ، وبه قال مالك لانها قد ثبت لها حق فى ماله فلم ينقص بانقضاء عدتها ولا بتزويجها كمهرها .

(فرع) إذا أقر فى مرض موته أنه قد كان طلق إمرأته فى صحته ثلاثا بانت منه ، قال الشيخ أبو حامد : ولاترثه قولا واحداً ، لان ماأقر به فى مرض موته وإضافته الى الصحة كالذى فعله فى الصحة كما لو أقر فى مرض موته أنه كان وهب ماله فى صحته وأقبضه ، فان ذلك لا يعتبر من الثلث .

وحكى القاضى أبو الطيب عن بعض أصحابنا فى ذلك قولين كما لو طلقها ثلاثا فى مرض موته لأنه متهم فى اسقـاط حقها فلم يسقط بدليل أنه لا يسقط بهذا الإقرار نفقتها ولا سكناها فى حال النكاح وان اضاف ذلك الى وقت ماض .

(فرع) اذا كان الرجـل مريضاً فسألته امرأته أن يطلقها ثلاثا ومات فى مرضه ذلك ، أو قال لها فى مرض موته : أنت طـالق ثلاثا ان شئت ، فقالت : شئت ، طلقت ، وهل ترثه ؟ اختلف أصحابنا فيه ، فقال أبو على بن أبى هريرة : هى على القولين ، لأن الأصل فى هذا قصة عثمان فى توريثه تماضر زوجها عبد الرحمن بن عوف فى مرض موته ، وقد كانت سألته الطلاق .

وقال الشيخ أبو حامد : لا ترثه قولا واحداً ، وهو المذهب لأنها اذا سألته الطلاق فلا تهمة عليه فى طلاقها ، وأما قصة تماضر لا حجه فيها لان عبدالرحمن قال لنسائه : من اختارت منكن أن أطلقها طلقتها ، فقالت تماضر : طلقنى ،

فقال لها : اذا حضت فأعلميني فأعلمته فطلقها . وليس طلاقه لها في هذا الوقت جوابا لكلامها لأن قولها طلقني يقتضي الجواب في الحال ، فاذا تأخر ثم طلقها كان ذلك ابتداء طلاق .

وان سألته في مرض موته أن يطلقها واحدة فطلقها ثلاثا ثم مات فهل ترثه فيه قولان ، لانها سألته تطليقها فاذا طلقها ثلاثاً صار متهما بذلك لانه قصد قطع ميراثها ، فصار كما لو طلقها ثلاثا ابتداء من غير سؤالها .

(فرع) اذا علق المريض طلاق امرأته ثلاثا بصفة ثم وجدت تلك الصفه في مرضه ومات : فهل ترثه ؟ نظرت فان كان صفة لها منه بد مثل أن قال لها : ان دخلت الدار أو خرجت منها أو كلمت فلانا أو صليت النافلة أو صمت النافلة فأنت طالق ثلاثا ، ففعلت ذلك في مرض موته لم ترثه قولا واحداً ، لأنها اذا فعلت ذلك مع علمها بالطلاق فقد اختارت وقوع الطلاق عليها بما لها منه بد فصارت كما لو سألته الطلاق ، وان كانت صفة لا بد منها بأن قال : ان تنفست أو صليت الفرض أو كلمت أباك أو أمك فأنت طالق ثلاثا ففعلت ذلك في مرض موته ومات فهل ترثه ؟ على القولين لأنها لا بد لها من فعل هذه الأشياء فصار كما لو طلقها ثلاثا طلاقا منجزاً .

وقال الشيخ أبو حامد : ان قال لها ان مرضت فأنت طالق ثلاثاً فمات في مرضه فيه قولان ، لأنه لما جعل مرض موته شرطاً في وقوع الطلاق عليها كان متهما في ذلك ، فان قال لها وهو صحيح : ان جاء رأس الشهر أو جاء الحاج أو طلعت الشمس وما أشبه ذلك فأنت طالق ثلاثا ، فوجدت هذه الصفات في مرض موته فهل ترثه ، قال البغداديون من أصحابنا : لا ترثه قولا واحدا لأنه غير متهم في ذلك ، لان اتفاق ذلك في مرضه مع هذه الصفات لم يكن من قصده . أما اذا قال أنت طالق ثلاثا قبل موتى بشهر ، فان عاش هذا الزوج بعد هذا القول أقل من شهر ثم مات لم يحكم بوقوع الطلاق لانا لا نحكم بوقوعه قبل محله ، وان عاش بعد ذلك شهراً ومات مع الشهر لم يقع الطلاق لأن الطلاق انما يقع عقيب الايقاع تمامه ، وان عاش شهراً واحداً طلقت قبل موته بشهر .

قال الشيخ أبو حامد : وهل ترثه ، فيه قولان لأنه متهم فى ذلك ، ثم إنه بذلك منعها من الميراث .

(فرع) إذا طلقها ثلاثا فى مرضه ، ثم صح ثم مرض ثم مات فانها لا ترثه قولا واحداً ، لأنه قد تخلل بين المرض والموت حالة لو طلقها ثلاثا فيها لم ترث شيئاً ، فكذلك إذا طلقها قبل تلك الحالة فوجب أن لا ترث ، وهكذا إذا طلقها فى مرض موته ثلاثا ثم ارتد الزوج أو الزوجه ، ثم رجعا ثم مات الزوج لم ترثه قولا واحداً .

(فرع) إذا طلق إمرأته فى الصحة ثم لاعنها فى مرض موته لم ترثه قولا واحدا لأنه مضطر إلى اللعان لدرء الحد فلا تلحقه التهمة ، وإن قذفها فى مرض موته ولاعنها — قال ابن الصباغ : فإنها لا ترثه قولا واحدا لأنه فى حاجة إلى اللعان لإسقاط الحد عن نفسه .

قال ابن اللبان . ويحتمل أن يقال : إن كان قد نفى الحمل فإنها لا ترث لأنه مضطر إلى قذفها ، وان لم ينف الولد ورثته فى أحد القولين ، لأنه لم يضطر الى قذفها ، وان فسخ نكاحها فى مرض موته بأحد العيوب ففيه وجهان حكاهما الشيخ أبو اسحاق ، أحدهما : أنه كالطلاق فى المرض فيكون فى ميراثها منه قولان . والثانى لا ترثه قولا واحدا ، لأنه يستند الى معنى من جهتها ، ولأن به حاجة الى الفسخ لما عليه من الضرر فى المقام معها على العيب .

(فرع) اذا كانت تحته أربع نسوة وطلقهن فى مرض موته طلاقا بائناً ثم تزوج بعدهن أربعا سواهن ثم مات من مرضه ذلك — فإن قلنا بالجديد : وأن المبتوته فى مرض الموت لا ترث كان ميراثه للأربع زوجات دون المطلقات ، وان قلنا بالقديم : وأن المبتوتة فى مرض الموت ترث فتى ترث فيه ثلاثة أوجه حكاها الشيخ أبو حامد .

(أحدها) أنه للزوجات الجديدات دون المطلقات لأنه لا يجوز أن يرث الرجل أكثر من أربع زوجات ولا بد من تقديم بعضهن على بعض ، فكان تقديم الزوجات أولى ، لأن ميراثهن ثابت بنص القرآن ، وميراث المطلقات ثبت بالاجتهاد .

(والثانى) أنه للزوجات المطلقات دون الزوجات الجديدات ، لانه لا يجوز أن يرثه أكثر من أربع ، فكان تقديم المطلقات أولى لان حقهن أسبق .

(والثالث) أنه يكون بين المزوجات والمطلقات بالسوية لان ارث الزوجات ثابت بنص القرآن ، وارث المطلقات ثابت بالاجتهاد فشرك بينهن ؛ وقول من قال : لا يجوز أن يرثه أكثر من أربع زوجات ليس بصحيح لان الشرع انما منع من نكاح ما زاد على أربع ، وأما توريث ما زاد على أربع فلم يمنع الشرع منه ، والله تعالى أعلم .

قال المصنف رحمه الله :

(فصل) وان مات متوارثان بالغرق أو الهدم ، فإن عرف موت أحدهما قبل الاخر ونسى ، وقف الميراث الى أن يتذكر ، لانه يرجى أن يتذكر ، وان علم أنهما ماتا معا أو لم يعلم موت أحدهما قبل الآخر ، أو علم موت أحدهما قبل موت الاخر ، ولم يعرف بعينه ، جعل ميراث كل واحد منهما لمن بقى من ورثته ولم يورث أحدهما من الاخر ، لانه لا تعلم حياته عند موت صاحبه ، فلم يرثه كالجنين اذا خرج ميتا .

(فصل) وان أسر رجل أو فقد ولم يعلم موته لم يقسم ماله حتى يمضى زمان لا يجوز أن يعيش فيه مثله ، وان مات له من يرثه دفع الى كل وارث أقل مايصيبه ووقف الباقى الى أن يتبين أمره .

(الشرح) اذا مات متوارثان كالرجل وابنه أو كالزوجين بالغرق أو الهدم فإن علم أن أحدهما مات أولا وعرف عينه ورث الثانى من الاول ، وان علم ان احدهما مات اولا وعرف عينه ثم نسى ، وقف الأمر الى ان يتذكر من الأول منهما فيرث منه الثانى ، لان الظاهر ممن علم ثم نسى انه يتذكر ، وهذا لا خلاف فيه ، وان علم أنهما ماتا معا أو علم ان احدهما اولا ولم يعرف عينه .

قال الشيخ أبو حامد : مثل ان غرقا فى ماء فرأى أحدهما يصعد من الماء وينزل

ولم يعرف عينه ؛ والآخر قد نزل ولا يصعد ، فإنه يعلم لا محالة أن الذى يصعد وينزل لم يمت ، وأن الذى نزل ولا يصعد قد مات ، أو لم يعلم هل ماتا فى حالة واحدة أو مات أحدهما قبل الآخر ، فمذهبنا فى هذه الثلاث المسائل أنه لا يرث أحدهما من الآخر ، ولكن يرث كل واحد منهما ورثته غير الميت معه . وبه قال أبو بكر وعمر وابن عباس وزيد بن ثابت ومالك وأبو حنيفة وأكثر أهل العلم . وذهب على بن أبى طالب إلى أنه يرث كل واحد منهما الآخر ثم يرثهما ورثتهما وبه قال داود .

دليلنا ما روى عن زيد بن ثابت أنه قال : ولانى أبو بكر مواريث قتلى اليمامة فكنت أورث الأحياء من الموتى ولا أورث الموتى من الموتى ، ولا كل من لم تعلم حياته عند موت مورثه لم يرثه ، أصله الحمل ، وهو أن رجلا إذا مات وخلف امرأة حاملا فإنه إن خرج حياً ورث ، لأنا تيقنا حياته عند موت مورثه ، وإن خرج ميتاً لم يرث ، لأنا لا نعلم حياته عند موت مورثه ، ولأن توريث كل واحد منهما من الاخر خطا بيقين ، لأنهما إن ماتا معاً فى حالة واحدة لم يرث أحدهما الاخر وان مات أحدهما قبل الاخر فتوريث السابق منهما وتأمن الاخر خطأ فإذا كان كذلك لم يرث أحدهما من الاخر لأنه ليس أحدهما أن يكون مات أولا بأولى من الاخر

(فرع) إذا مات رجل وخلف ولداً أسيراً فى أيدى الكفار فإنه يرث مادام يعلم حياته ، وبه قال أهل العلم كافة ، وقال النخعى لا يرث الأسير دليلنا قوله تعالى « يوصيكم الله فى أولادكم للذكر مثل حظ الانثيين » ولم يفرق بين الأسير وغيره . فأما إذا لم تعلم حياته فحكمه حكم المفقود ، وإذا فقد رجل وانقطع خبره لم يقسم ماله حتى يعلم موته أو يمضى عليه من الزمان من حين ولد زمان لا يعيش فيه مثله فحينئذ يحكم الحاكم بموته ويقسم ماله بين ورثته الأحياء يومئذ دون من مات من ورثته قبل ذلك .

وقال مالك « إذا مضى له من العمر ثمانون سنة قسم ماله ، وقال عبد الملك بن الماجشون « اذا مضى له تسعون سنة حكم الحاكم بموته » وقال أبو حنيفة « اذا مضى له مائة وعشرون سنة » وحكى بعضهم أن ذلك مذهب الشافعى .

وإن مات المفقود من يرثه قبل أن يحكم بموته أعطى كل وارث من ورثته

ما يتيقن أنه له ووقف المشكوك فيه إلى أن يتيقن أمر المفقود ، مثل أن تموت امرأة وتخلف زوجا واختين وأخاً لأب وأم مفقوداً ، فإن الزوج لا يستحق النصف كاملا إلا إذا تيقنا حياة الأخ عند موت المرأة ، ولا يستحق الاختان أربعة أسباع المال إلا اذا تيقنا موت الاخ عند موت المرأة ؛ والعمل في هذه وما أشبهها أن يقال لو كان الاخ ميتا وقت موت أخته لكانت الفريضة من سبعة ، للزوج ثلاثة وللأختين للاب والام أربعة . ولو كان الاخ حيا وقت موت أخته لكانت الفريضة من ثمانية، للزوج أربعة ولكل أخت سهم وللاخ سهمان ، والثمانية لا توافق السبعة ، فيضرب ثمانية في سبعة فذلك ستة وخمسون ، فيعطى الزوج نصيبه وهو عند موت الاخ ، فله حينئذ ثلاثة من سبعه مضروب في ثمانيه فذلك أربعة وعشرون وتعطى كل أخت نصيبها وهو عند وجود الاخ حيا عند موت أخته ، وذلك سهم من ثمانية مضروب في سبعة ، فذلك سبعة ويبقى من المال ثمانية عشر سهما، فيوقف ذلك الى أن يتبين أمر الاخ ، فان بان أنه كان حيا وقت موت أخته كان له سهمان من ثمانيه في سبعه فذلك أربعة عشر سهما يأخذها من الموقوف وللزوج اربعة من ثمانيه في سبعه فذلك ثمانية وعشرون فمعه اربعة وعشرون ويبقى له اربعه فيأخذها من الموقوف وقد استوفى الاختان نصيبهما ، وان بان أن الاخ كان ميتا وقت موت أخته كان للاختين أربعه من سبعه في ثمانيه فذلك اثنان وثلاثون فمعهما أربعة عشر ويبقى لهما ثمانيه عشر وهو الموقوف فيأخذانه. وقد استوفى الزوج نصيبه . هذا هو المشهور من المذهب

وخرج ابن اللبان في ذلك وما أشبهه وجهين آخرين (أحدهما) أن يحمل حكم الاخ المفقود حكم الحى ، لأن الاصل بقاء حياته ، فلا ينتقص الزوج من النصف كاملا وان لكل اخت الثمن ويوقف ربع المال ، فإن بان ان الاخ كان حياً وقت موت اخته دفع اليه الربع او الى ورثته ان كان قد مات . وان بان انه ميت وقت موت أخته أخذ من الزوج نصف السبع ودفع ذلك مع الربع الموقوف الى الاختين وهل يؤخذ من الزوج ضامن في نصف السبع . فيه قولان (أحدهما) يؤخذ منه ضمان بجواز ان يكون الاخ ميتا (والثاني) لا يؤخذ منه ضمين كما يقسم مال الغرماء على الاحياء من ورثتهم ولا يؤخذ منهم ضمان والله تعالى اعلم

قال المصنف رحمه الله تعالى :

باب ميراث اهل الفرائض

وأهل الفرائض هم الذين يرثون الفروض المذكورة فى كتاب الله عز وجل ، وهى النصف والربع والثمن والثلثان والثلث والسدس ؛ وهم عشرة ، الزوج والزوجه والأم والجدة ، والبنت وبنت الإبن ، والأخت وولد الأم والأب مع الإبن وابن الابن والجد مع الابن وابن الابن .

فأما الزوج فله فرضان ، النصف ، وهو إذا لم يكن معه ولد ولا ولد ابن ، والربع وهو إذا كان معه ولد أو ولد ابن . والدليل عليه قوله عز وجل « ولكم نصف ما ترك أزواجكم إن لم يكن لهن ولد ، فإن كان لهن ولد فلكم الربع مما تركن من بعد وصية يوصين بها أو دين »

فأما الزوجة فلها أيضاً فرضان : الربع إذا لم يكن معها ولد ولا ولد ابن . والثمن إذا كان معها ولد أو ولد ابن . والدليل عليه قوله تعالى « ولهن الربع مما تركتم إن لم يكن لكم ولد ، فإن كان لكم ولد فلهن الثمن مما تركتم من بعد وصية توصون بها أو دين » فنص على فرضها مع وجود الولد وعدم الولد ، وقسنا ولد الابن فى ذلك على ولد الصلب ، لاجماعهم على أنه كولد الصلب فى الارث والتعصيب ، فكذلك فى حجب الزوجين ، وللزوجتين والثلاث والأربع ما للواحدة من الربع والثمن لعموم الاية .

(الشرح) الفروض المذكورة فى كتاب الله تعالى ستة ، النصف ونصفه ونصف نصفه والثلثان ونصفه ونصف نصفه وأهل الفروض عشرة

١ ـ الزوج ٢ ـ الزوجة ٣ ـ الأم ٤ ـ الجدة ٥ ـ البنت
٦ ـ بنت الابن ٧ ـ الأخت ٨ ـ ولد الأم ٩ ـ الأب مع الابن أو ابن الابن ١٠ ـ الجد مع الابن أو ابن الابن

فأما الزوج فله فرضان ، النصف مع عدم الولد وولد الابن ، والربع مع

وجود الولد أو ولد الابن وإن سفل ، ذكراً كان أو أنثى ، لقوله تعالى « ولكم نصف ما ترك أزواجكم إن لم يكن لهن ولد ، فإن كان لهن ولد فلكم الربع مما تركن » فأما الزوجة فلها الربع من زوجها إذا لم يكن له ولد ابن ولدٌ ابن وإن سفل ، ولها منه الثمن اذا كان له ولد أو ولد ابن وان سفل . ذكراً كان أو أنثى لقوله تعالى « ولهن الربع مما تركتم إن لم يكن لكم ولد ، فإن كان لكم ولد فلهن الثمن مما تركتم » وللزوجتين والثلاث والأربع ما للزوجة الواحدة لقوله تعالى (ولهن) وجعل سبحانه لهن نصف ميراث الذكر

قال المصنف رحمه الله تعالى

(فصل) وأما الأم فلها ثلاثة فروض

(أحدها) الثلث . وهو اذا لم يكن الميت ولد ولا ولد ابن ولا اثنان فصاعدا من الاخوة والأخوات لقوله عز وجل « وورثه أبواه فلأمه الثلث »

(والفرض الثانى) السدس ، وذلك فى حالين

(أحدهما) أن يكون للميت ولد أو ولد ابن . والدليل عليه قوله تعالى « ولأبويه لكل واحد منهما السدس مما ترك إن كان له ولد » ففرض لها السدس مع الولد ، وقسنا عليه ولد الابن

(والثانى) أن يكون له اثنان فصاعداً من الاخوة والأخوات . والدليل عليه قوله عز وجل « فإن كان له اخوة فلأمه السدس » ففرض لها السدس مع الاخوة ، وأقلهم ثلاثة . وقسنا عليهم الاخوين لأن كل فرض تغير بعدد كان الاثنان فيه كالثلاثة كفرض البنات

(والفرض الثالث) ثلث ما يبقى بعد فرض الزوجين ؛ وذلك فى مسألتين ، فى زوج وأبوين ، أو زوجة وأبوين ، للأم ثلث ما يبقى بعد فرض الزوجين ، والباقى للأب . والدليل عليه أن الأب والأم اذا اجتمعا كان للأب الثلثان وللأم الثلث ، فإذا زاحمهما ذو فرض قسم الباقى بعد الفرض بينهما على الثلث والثلثين ، كما لو اجتمعا مع بنت

(الشرح) الأم لهـا ثلاثة فروض الثلث أو السدس أو ثلث ما يبقى ، ولها سبعة أحوال . أحدها : أن يكون معها ولد ذكر أو أنثى أو ولد ابن ذكر أو أنثى وإن سفل ، فلها السدس لقوله تعالى « ولأبويه لكل واحد منهما السدس مما ترك إن كان له ولد » .

ثانيها : أن لا يكون مع الأم ولد ولا ولد ابن ولا أحد من الاخوة والأخوات فللأم الثلث لقوله تعالى « فإن لم يكن له ولد وورثه أبواه فلأمه الثلث » .

ثالثها : أن يكون مع الأم ثلاثة إخوة أو ثلاث أخوات أو منهما فلها السدس لقوله تعـالى « فإن كان له إخوة فلأمه السدس » وقوله تعالى : إخوة لفظ جمع وأقله ثلاثة .

رابعها : أن يكون مع الأم أخ أو أخت فلها الثلث أيضاً لقوله تعـالى « فإن كان له إخوة فلأمه السدس فحجبها عن الثلث الى السدس بالاخوة ، وذلك جمع ولا خلاف أن الواحد ليس بجمع .

خامسها : أن يكون مع الأم اثنـان من الاخوة والأخوات أو منهما فللأم السدس ، وبه قال الصحابة والفقهاء عامة الا ابن عباس فانه قال : لها الثلث ، وله خمس مسائل فى الفرائض انفرد بها ، هذه احداهن .

دليلنا : أنه حجب لا يقع بواحـد ، وينحصر بعدد ، فوجب أن يوقف على اثنين ، أصله حجب بنات الابن بالبنات ، فقولنا : حجب لا يقع بواحد احتراز من حجب الزوج والزوجة فانه يقع الواحد من الأول ، وقولنا ينحصر بعد احتراز من حجب البنتين للبنات والاخوة والأخوات لأن الابنة فرضها النصف والأخت فرضها النصف ، واذا حصل مع احـداهما أخوها حجبها من النصف ، ولا ينحصر هذا الحجب بعدد ، بل كلما كثر الاخوة حجبوها أكثر ، ولأنا وجدنا الاثنين من الأخوات كالثـلاث فى استحقاق الثلثين ، فوجب أن يكون حجب الاثنين من الاخوة للأم حجب الثلاثة .

وروى أن ابن عبـاس دخل على عثمان فقال له . قال الله تعالى « فإن كان له اخوة فلأمه السدس » وليس الأخوات اخوة بلسـان قومك ، فقال عثمان :

لا استطيع أن أرد ما كان قبلى ، وانتشر فى الامصار ، وثوارث به الناس ، فدل بهذا أنهم أجمعوا على ذلك .

سادسها : اذا كان هناك زوج وأبوان ، قال أصحابنا : فللزوج النصف وللاب ثلث ما بقى ، وأصلها من ستة للزوج ثلاثة ، وللام ثلث ما بقى وهو سهم وللاب سهمان ، وقال بعض أصحابنا كما أفاده صاحب البيان : للام هاهنا الثلث ، ولا يقال لها ثلث ما بقى ، قلت : ومعنى العبارتين واحد لان العبارة الواحدة هى المشهورة وبه قال عامة الصحابه والفقهاء .

وقال ابن عباس : للزوج النصف ؛ وللام ثلث جميع المال ، وللأب ما بقى ، وأصلها من ستة للزوج ثلاثة ، وللام سهمان وللاب سهم وتابعه على هذا شريح

سابعها اذا كان زوجة وأبوان فللزوجة الربع ، وللأم ثلث ما بقى وهو سهم وللاب ما بقى وهو سهمان ، وبه قال عامة الصحابة وأكثر الفقهاء .

وقال ابن عباس للزوجة الربع وللام ثلث جميع المال ، وللاب ما بقى وأصلها من اثنى عشر للزوج ثلاثة ، وللأم أربعة ، وللأب خمسة ، وهاتان المسئلتان فى المسائل التى انفرد بها ابن عباس عن الصحابة ، وتابعه عليها شريح وابن سيرين ودليلنا أن فى الاوله يؤدى الى تفضيل الام على الاب ، وهذا لا يجوز ، ولانهما معهما أو سهم فوجب أن يكون للأم ثلث ما بقى بعد ذلك السهم ، كما لو كان مع الابوين بنت ، ولان كل ذكر وأنثى لو انفرد كان للذكر الثلثان والانثى الثلث ؛ وجب اذا كان معهما زوج او زوجة ان يكون مابقى بعد فرض الزوج والزوجة بينهما كما كان بينهما اذا انفرد كالابن والابنة والاخ والاخت .

قال المصنف رحمه الله تعالى :

﴿ فصل ﴾ واما الجدة فان كانت ام الام او ام الاب فلها السدس ، لما روى قبيصة بن ذؤيب قال « جاءت الجدة الى ابى بكر رضى الله عنه فسألته عن ميراثها فقال ابو بكر الصديق رضى الله عنـه ليس لك فى كتاب الله شىء وما علمت لك فى سنة رسول الله صلى الله عليه وسلم شيئا فارجعى حتى اسأل الناس فسأل عنها فقال المغيرة بن شعبة حضرت رسول الله صلى الله عليه وسلم فأعطاها السدس ،

فقال أبو بكر رضى الله عنه هل معك غيرك ؟ فقام محمد بن مسـلمة الأنصارى رضى الله عنه فقال مثل ماقال . فأنفذه لها أبو بكر رضى الله عنه ثم جاءت الجدة الأخرى إلى عمر رضى الله عنه فسألته ميراثها ، فقال لهـا : مالك فى كتاب الله عزوجل شيء ، وما كان القضاء الذى قضى به إلا لغيرك وما أنا بزائد فى الفرائض شيئاً ، ولكن هو ذلك السدس ، فان اجتمعتما فيه فهو بينكما فأيكما خلت به فهو لها ، وإن كانت أم أبى الأم لم ترث لأنها تدلى بغـير وارث ، وان كانت أم أبى الأب ففيه قولان .

(أحـدهما) أنها ترث وهو الصحيح ، لأنها جدة تدلى بوارث فورثت كأم الأم وأم الأب .

(والثـانى) أنها لا ترث لأنها جدة تدلى بجد فلم ترث كأم أبى الأم ، فإن اجتمعت جدتان متحاذيتان كأم الام وأم الاب فالسدس بينهما لما ذكرناه ، فان كانت إحداهما أقرب نظرت ، فان كانتا من جهة واحدة ورثت القربى دون البعدى لان البعدى تدلى بالقربى فلم ترث معها كالجد مع الاب وأم الام مع الام ، وإن كانت القربى من جهة الأب والبعدى من جهة الام ففيه قولان .

(أحدهما) أن القربى تحجب البعدى ، لأنهما جدتان ترث كل واحدة منهما إذا انفردت فحجبت القربى منهما البعدى ، كما لو كانت القربى من جهة الأم .

(والثانى) لا تحجبها وهو الصحيح ، لأن الأب لا يحجب الجـدة من جهة الأم ، فلأن لا تحجبها الجدة التى تدلى به أولى ، وتخالف القربى من جهة الأم ، فان الام تحجب الجدة من قبل الاب فحجبتها أمها والاب لايحجب الجدة من قبل الام فلم تحجبها أمه ، فان اجتمعت جدتان إحداهما تدلى بولادتين بأن كانت أم أم أب ، او أم أم أم ، والاخرى تدلى بولادة واحدة كأم أبى أب ففيه وجهان .

(أحدهما) وهو قول أبى العباس : أن السدس يقسم بين الجدتين على ثلاثة فتأخذ التى تدلى بولادة سهما وتأخذ التى تدلى بولادتين سهمين .

(والثانى) وهو الصحيح أنهما سواء لانه شخص واحد فلا يأخذ فرضين .

(الشرح) حـديث قبيصة بن ذؤيب رواه أحمد والبخاري ومسلم وأبو داود

والترمذي وصححه وابن حبان والحاكم . قال الحافظ ابن حجر : وإسناده صحيح لثقة رجاله ، إلا أن صورته مرسل ، فان قبيصة لا يصح سماعه من الصديق ولا يمكن شهوده القصة ، أفاده ابن عبد البر ، وقد اختلف في مولده ، والصحيح أنه ولد عام الفتح فيبعد شهوده القصة ، وقد أعله ابن عبد الحق تبعاً لابن حزم بالانقطاع ، وقال الدارقطني في العلل بعد أن ذكر الاختلاف فيه على الزهري : يشبه أن يكون الصواب قول مالك ومن تابعه . وقد وردت أحاديث متصلة صحيحة تؤيد قصة قبيصة عند الطبراني والبيهقي والدارقطني وابن ماجه وأبي القاسم ابن منده ، وقد نقل محمد بن نصر من أصحاب الشافعي اتفاق الصحابة عليه .

أما الاحكام : فان الجدة أم الام او ام الاب وارثة بما روى خارجة بن زيد عن ابيه ان النبي صلى الله عليه وسلم اعطى الجدة ام الام السدس . واجمعت الامة على توريث الجدة .

إذا ثبت هذا : فان فرضها السدس ، سواء كانت ام ام او ام اب ، وبه قال الصحابه كافه كما قررنا والفقهاء اجمع ، وروى عن ابن عباس رواية شاذة انه قال ام الأم ترث الثلث لأنها تدلى بالام فورثت ميراثها كالجديرت ميرات الاب . ودليلنا ما ذكرناه من الخبرين ، وبما رواه قبيصة بن ذؤيب في قصة الجدة المذكورة في الفصل .

قال الشيخ ابو حامد والجدة التى اتت ابا بكر هي ام الام ؛ والجدة التى اتت عمر هي ام الأب ، ومعنى قول ابي بكر رضي الله عنه . مالك في كتاب الله شيء لان الكتاب محصور ، وليس فيه ذكر الجدة ، ولهذا قلنا ان أسم الام لا ينطلق على الجدة لأنه قال . مالك في الكتاب شيء ، وفي الكتاب ذكر الأم ، ثم قال وما علمت لك في السنة شيئا فلم يقطع به ، لأن السنة لا تنحصر ، ولكن اراد على مبلغ علمه ومعنى قول عمر لست بزائد في الفرائض اى لا ازيد في الفريضة لاجلك ، وإنما هو ذلك السدس الذى قضى به .

واما الاحتجاج بقول ابن عباس لما كانت تدلى بالأم اخذت ميراثها يبطل بالأخ من الام ، فانه يدلى بها ، ولا يأخذ ميراثها . إذا ثبت هذا فان أول منازل

الجدات يجتمع فيه جدتان أم الأم وأم الأب ، فان عدمت إحداهما ووجدت الاخرى كان السدس للموجودة منهما ، ولن اجتمعا كان السدس بينهما .

قال الشيخ أبو حامد لما روى الحكم عن على بن أبى طالب رضى الله عنه أن النبى صلى الله عليه وسلم أعطى الجدتين السدس ، وروى القاسم بن محمد قال «أتت الجدتان أم الام وأم الاب أبا بكر الصديق فأراد أن يجعل السدس للتى من قبل الأم ، فقال له رجل من الانصار أما أنك تترك التى لو ماتت وهو حى كان إياها يرث فجعل السدس بينهما ، رواه مالك فى الموطأ عن يحي بن سعيد عن القاسم ورواه الدارقطنى من طريق ابن عيينة .

قال الشيخ أبو حامد : وأصحابنا يحكون أن هذه القضيه كانت لعمر ، وإنما هى قضية أبى بكر ، ومعنى قول الانصارى تترك التى لو ماتت وهو حى كان إياها يرث لأنه ابن ابنها ، فاذا ارتفع الجدات إلى المنزله الثانيه ، اجتمع أربع جدات اثنتان من جهة الأم ، وهما أم أم الأم ، وأم أب الام ، واثنتان من جهة الاب فأما أم أم الام ، وأم أم الاب فهما وارثتان بلا خلاف ، وأما أم أب الام فانها غير وارثة ، وهو قول الفقهاء كافة ، إلا ماروى عن ابن سيرين أنه ورثها وهذا خطأ لانها تدلى (١) بمن ليس بوارث فلم تكن وارثة كابنة الخال ، وأما الجدة أم أب الاب فهل ترثه ، ففيه قولان .

(احدهما) لا ترث ، وبه قال اهل الحجاز الزهرى وربيعة ومالك لانها جدة تدلى بجد فلم ترث كأم اب الام ، فعلى هذا لا يرث قط إلا جدتان .

(والثانى) انها ترث ؛ وبه قال على وابن مسعود وابن عباس ، وهى احدى الروايتين عن زيد بن ثابت ، وبه قال الحسن البصرى وابن سيرين واهل الكوفة والثورى وابو حنيفة واصحابه وهو الصحيح ، لأنها جده تدلى بوارث فورثت كأم الام ؛ ولان تعليل الصحابة رضى الله عنهم موجود فيها حيث قال لابى بكر فى ام الاب ورثتها ممن لو ماتت لم يرثها ولم تورثها ممن لو ماتت ورثها فورثها ابو بكر رضى الله عنه لهذه العلة ، وهى ام الاب فعلى هذا ترث فى الدرجة الثانيه

---

(١) تدلى أى تتوصل وتمت وهو من إدلاء الدلو ، وأدلى بحجته أثبتها .

ثلاث جدات ، فإذا ارتفع الجدات إلى المنزلة الثالثة اجتمعن ثمانى جدات نيرث منهن أربع ولا ترث أربع ، وانما كان كذلك لأن الميت واحد فله فى المنزلة الأولى جدتان ، فإذا ارتفعن إلى الدرجة الثانية كان الميت أبوان . ولكل واحد منهما جدتان فيجتمع له فى الدرجة الثالثة ثمانى جدات ثم فى الرابعة ستة عشر جدة ، وكلما ارتفع الميت درجة ازداد عدد الجدات ضعفاً . وأما الوارثات منهن فيورث فى الدرجة الأولى جدتان ، وفى الثانية ثلاث ، وفى الثالثة أربع ، وفى الرابعة خمس إلى أن ترثه مائة جدة . فى الدرجة الأولى جدتان وفى الثانية ثلاث وفى الثالثة أربع ، وفى الرابعة خمس إلى أن ترثه مائة جدة فى الدرجة التاسعة والتسعين يزيد على عدد الدرجات بواحدة

وإذا اجتمع الجدات الوارثات وهن متحاذيات كان السدس بينهن لما ذكرناه فى الحد بين أم الأم وأم الأب .

وإن اجتمع جدتان إحداهما أبعد من الأخرى نظرت . فان كانتا من جهة واحدة بأن كان هناك أم أم وأم أم أم كان السدس لأم الام ، لأن البُعدى تدلى هذه القربى . وكل من أدلى بغيره فانه لا يشاركه فى فرضه كالجد مع الأب وابن الابن مع الابن . وعلى هذا جميع الاصول

فان قيل : أليس الاخ للأم يدلى بالام ومع ذلك فانه يرث معها . فالجواب أنه لا يرث أخاه بالادلاء اليه بالأم ، ولكن لأجل أنه ركض معه فى رحم واحد وأنه وإن أدلى بها فقد احترزنا عنه بقولنا لا يشاركه فى إرثه ، وهو أن السدس إرث للقربى لو انفردت الجدة البعدى لشاركتها فى ذلك السدس ، وليس كذلك الاخ للأم .

وإن اجتمع أم أب وأم أب الاب فان السدس يكون لام أب الاب ويسقط أم أب الاب ، وبه قال على وزيد والفقهاء أجمع . وقال ابن مسعود فى إحدى الروايتين عنه يشتركان فى السدس ، وهذا ليس بصحيح لانهما من جهة واحدة إذ أنهما يدليان بالاب ، وإحداهما أقرب من الاخرى فسقطت البعدى كأم الام اذا اجتمعت مع أم أم الام ، وان كانتا من جهتين إحداهما من جهة الام والاخرى من جهة الاب نظرت ، فان كانت القربى من جهة الام والبعدى من

جهة الاب ، فإن القربى تسقط البعدى وقال ابن مسعود لا تسقطها ، وإنما يشتركان فى السدس ، دليلنا أن إحداهما أقرب من الأخرى فسقطت البعدى بالقربى ، كما لو كانا من جهة واحدة

وإن كانت القربى من جهة الاب والبعدى من جهة الام ففيه قولان : أحدهما أن البعدى منهما تسقط القربى . وبه قال على بن أبى طالب ، وهو قول أهل الكوفة ، ورووا ذلك عن زيد بن ثابت لأنهما جدتان لو انفردت كل واحدة منهما لكان لها السدس ، فإذا اجتمعا وجب أن تسقط البعدى بالقربى ، كما لو كانت القربى من جهة الام ، والثانى لا تسقط البعدى بالقربى بل يشتركان فى السدس ، وهى الرواية الثانية عن زيد ، رواه المدنيون عنه ، وهو الصحيح ، لأن الاب لو اجتمع مع الام لم يحجبها وإن كان أقرب منها ، فلان لا يسقط الجدة التى يدلى به من هو أبعد منها لأن جهة الام أولى

(فرع) وإن اجتمع جدتان متحاذيتان وإحداهما تدلى بقرابة والاخرى تدلى بقرابتين بأن تزوج رجل بابنة عمته فولد منها ولداً فإن جدة هذا الولد أم أبى أبيه وهى جدته أم أمه ؛ وان اجتمع معها أم أم الى هذا الولد ففيه وجهان ، أحدهما وهو قول أبى العباس بن سريج وبه قال الحسن بن صالح ومحمد بن الحسن وزفر أن السدس يقسم بين هاتين الجدتين على ثلاثة . فتأخذ التى تدلى بولادتين بسهمين وتأخذ التى تدلى بولادة سهماً لانها تدلى بنسب واحد . والثانى يقسم السدس بينهما نصفين . وبه قال أبو يوسف وهو الصحيح لانها شخص واحد فلا تأخذ فرضين .

قال المصنف رحمه الله تعالى :

﴿ فصل ﴾ وأما البنت فلها النصف اذا انفردت لقوله تعالى : وان كانت واحدة فلها النصف . وللإثنتين فصاعداً الثلثان . لما روى جابر بن عبد الله قال « جاءت امرأة سعد بن الربيع الى رسول الله (ص) فقالت يا رسول الله هاتان ابنتا سعد ، قتل أبوهما معك يوم أحد ولم يدع عمهما لهما مالا الا أخذه . فما ترى يا رسول الله . والله لا تنكحان الا ولهما مال ، فقال رسول الله (ص) يقضى الله

فى ذالك . فنزلت اليه سورة النساء « يوصيكم الله فى أولادكم » فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : ادعوا لى المرأة وصاحبها . فقال لعمهما : أعطهما الثلثين . وأعط أمهما الثمن وما بقى فلك » فدلت الآية . وهو قوله تعالى « فان كن نساء فوق اثنتين فلهن ثلثا ما ترك » على فرض ما زاد على الاثنتين . ودلت السنة على فرض الثنتين .

﴿ فصل ﴾ وأما بنت الابن فلها النصف اذا انفردت وللإثنتين فصاعداً الثلثان لاجماع الامة على ذالك . ولبنت الابن مع بنت الصلب السدس تكملة الثلثين . لما روى الهزيل بن شرحبيل قال : جاء رجل الى أبي موسى وسلمان بن ربيعة رضى الله عنهما فسألهما عن بنت وبنت ابن وأخت فقالا : للبنت النصف وللاخت النصف . وأت عبد الله فانه سيتابعنا . فأتى عبد الله فقال : انى قد ضللت اذاً وما أنا من المهتدين . لاقضين بينهما بما قضى به رسول الله صلى الله عليه وسلم « للبنت النصف . ولبنت الابن السدس تكملة الثلثين وما بقى فللاخت » ولأن بنت الابن ترث فرض البنات ولم يبق من فرض البنات الا السدس وهكذا لو ترك بنتا وعشر بنات ابن كان للبنت النصف ولبنات الابن السدس تكملة الثلثين لما ذكرناه من المعنى . وان ترك بنتاً وبنت ابن ابن أو بنات ابن ابن أسفل من البنت بدرج كان لهن السدس لأنه بقية فرض البنات ولبنت ابن الابن أو بنات ابن الابن مع بنت الابن من السدس تكملة الثلثين ما لبنت الابن وبنات الابن مع بنت الصلب وعلى هذا أبداً

(الشرح) حديث جابر مضى تخريجه ، وأما حديث هذيل بن شرحبيل فقد رواه أحمد والبخارى وأبو داود والترمذى وابن ماجه . وفى رواية البخارى « فأتينا أبا موسى . وفى رواية غيره « جاء رجل الى أبي موسى وسلمان بن ربيعة » وهذه الواقعه كانت فى عهد عثمان . لان أبا موسى كان وقت السؤال أميراً على الكوفه وسلمان قاضياً بها . وقد اختلف فى صحبته

أما الاحكام فان البنت لها النصف لقوله تعالى « وان كانت واحدة فلها النصف » وان كانتا اثنتين فلهما الثلثان وبه قال الصحابة والفقهاء كافة ، وروى عن ابن عباس

رواية شاذة أنه قال للابنتين النصف لقوله تعالى «فإن كن نساء فوق اثنتين فلهن ثلثا ما ترك».

دليلنا حديث جابر الذى ساقه المصنف الذى دل على أن للبنتين الثلثين، ولأن الاية وردت على سبب وهو ابنتا سعد بن الربيع، فلا يجوز إخراج السبب عن حكم الاية. وأيضاً فان الله تعالى فرض للإبنة الواحدة النصف وفرض للاخت الواحدة النصف فى آيه أخرى وجعل حكمهما واحداً، ثم جعل للاختين الثلثين، ووجدنا أن البنات أقوى من الاخوات بدليل أن البنات لا يسقطن مع الاب ولا مع البنين والاخوات يسقطن مع الاب والبنين، فإذا كان للاختين الثلثان فالابنتان بذلك أولى.

والجواب عن قوله: فإن كن نساء فوق اثنتين فان قوله (فوق) صلة فى الكلام لقوله تعالى «فاضربوا فوق الأعناق» وإن كان البنات أكثر من اثنتين فلهما الثلثان للآية.

أما مسألة إبنة الابن فان لها النصف اذا انفردت ولابنتى الابن فصاعدا الثلثان، لأن الامة أجمعت على أن ولد البنين يقومون مقام الاولاد، ذكورهم كذكور الاولاد وإناثهم كاناثهم، فاذا اجتمع ابنة وابنة ابن كان للإبنة النصف ولابنة الابن السدس تكملة الثلثين لما رواه هزيل بن شرحبيل فى قصة سؤال أبى موسى وسلمان بن ربيعه ثم فتوى ابن مسعود.

وقولهما: وأتِ عبد الله فانه سيتابعنا، جعل ابن مسعود يقول قد ضللت إذن وما أنا من المهتدين، يعنى إذا تابعتهما أو أفتيت بقولهما. ثم قال لأقضين فيها بقضاء رسول الله صلى الله عليه وسلم للإبنة النصف ولابنة الابن السدس والباقى للأخت. فأخبر أن هـذا قضاء رسول الله صلى الله عليه وسلم، ولأن بنات الابن يرثن فرض البنات، ولم يبق من فروض البنات إلا السدس فكان لابنة الابن. وان ترك ابنة وبنات ابن كان للإبنة النصف ولبنات الابن السدس لأنه هو الباقى عن فرض البنات، وهكذا لو ترك بنتا وبنت ابن ابن بدرج أو بنات ابن ابن بدرج كان للابنة النصف ولمن بعدها من بنات الابن وان بعدت السدس إذا تحاذين وان كان بعضهن أعلى من بعض كان السدس لمن أعلا منهن.

وقال ابن مسعود : لبنات الابن الأقل من المقاسمة وهو السدس ، فإن كان السدس أقل كان لهن السدس والباقى لابن الابن ، وإن كانت المقاسمة أقل من السدس فلهن المقاسمة ، ودليلنا عليه ما ذكرناه فى الأولة .

(فرع) فإن خلف بنتا وابن ابن وبنت ابن ابن فللابنة النصف والباقى لابن الابن وسقط بنت ابن الابن لأنه أقرب منها ، وإن خلف بنتين وبنت ابن وابن ابن ابن كان للبنتين الثلثان ، والباقى بين بنت الابن وابن ابن الابن للذكر مثل حظ الانثيين ، وقال بعض الناس : لابن ابن الابن وسقط بنت الابن .

ودليلنا : أنا وجدنا أن بنت الابن لو كانت فى درجة ابن الابن لم تسقط معه بل يعصبها ، فلما لم يسقطها إذا كانت فى درجته فلأن لا يسقطها إذا كانت أعلا منه أولى ، وإن خلف بنتا وبنات ابن وابن ابن ابن كان للبنت النصف . ولبنات الابن السدس ، تكملة الثلثين والباقى لابن ابن الابن ، لأن من فوقه من بنات الابن قد أخذت شيئاً من فرض البنات فلا يجوز أن يرث بالتعصيب فكان الباقى له دونهن ، والله تعالى أعلم بالصواب .

قال المصنف رحمه الله :

(فصل) وأما الأخت للاب والأم فلها النصف إذا انفردت ، وللاثنتين فصاعداً الثلثان لقوله عز وجل « يستفتونك قل الله يفتيكم فى الكلالة إن امرؤ هلك ليس له ولد وله أخت فلها نصف ما ترك ، وهو يرثها إن لم يكن لها ولد ، فإن كانتا اثنتين فلهما الثلثان مما ترك » وللثلاث فصاعداً ما للاثنتين لأن كل فرض يغير بالعدد كان الثلاث فيه كالاثنتين كالبنات ، وللأخت من الأب عند عدم الأخت من الاب والام النصف إذا انفردت ، وللاثنتين فصاعداً الثلثان ، لان ولد الاب مع ولد الاب والام كولد الابن مع ولد الصلب فكان ميراثهم كميراثهم

(فصل) والأخوات من الاب والام مع البنات عصبة ومع بنات الابن والدليل عليه ما ذكرناه من حديث الهزيل بن شرحبيل .

وروى إبراهيم عن الأسود قال : قضى فينا معاذ بن جبل رضى الله عنه على

عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم فى امرأة تركت بنتها وأختها للبنت النصف ، وللاخت النصف .

وعن الأسود قال : كان ابن الزبير لا يعطى الأخت مع البنت شيئا فقلت : إن معاذاً قضى فينا باليمن فأعطى البنت النصف والأخت النصف ، قال : فأنت رسولى بذلك ، فان لم تكن أخوات من الأب والأم فالأخوات من الأب لأنهن يرثن ما يرث الأخوات من الأب والأم عند عدمهن .

(فصـــل) وأما ولد الأم فللواحد السدس وللاثنين فصاعداً الثلث ، والدليل عليه قوله عز وجل « وان كان رجل يورث كلالة أو امرأة وله أخ أو أخت فلكل واحد منهما السدس ، فان كانوا أكثر من ذلك فهم شركاء فى الثلث » والمراد به ولد الام ، والدليل عليه ما روى أن عبد الله وسعداً كانا يقرآن « وله أخ او أخت من أم » وسوى بين الذكور والإناث الآية ، ولانه ارث بالرحم المحض فاستوى فيه الذكر والانثى كميراث الابوين مع الابن .

(فصل) وأما الأب فله السدس مع الابن وابن الابن ، لقوله عز وجل « ولابويه لكل واحد منهما السدس مما ترك إن كان له ولد » ففرض له السدس مع الابن ، وقيس عليه إذا كان مع ابن الابن ، لان ابن الابن كالابن فى الحجب والتعصيب ، وأما الجد فله السدس مع الإبن وابن الإبن لإجماع الأمة .

(فصل) ولا ترث بنت الابن مع الابن ، ولا الجدة أم الاب مع الاب . لأنها تدلى به ، ومن أدلى بعصبة لم يرث معه كابن الابن مع الابن ، والجد مع الاب ؛ ولا ترث الجدة من الام مع الام ، لانها تدلى بها ، ولا الجدة من الاب لأن الام فى درجة الأب والجدة فى درجة الجد ، فلم ترث معها ، كما لا يرث الجد مع الاب .

(الشرح) حديث إبراهيم عن الاسود رواه أبو داود وكذا البخارى بمعناه أما مسألة الأخوات للأب والام فترتيبهن كترتيب البنات . فان خلف أختا واحدة فلها النصف . فان خلف أختين فصاعداً فلهن الثلثان لقوله تعالى « يستفتونك قل الله يفتيكم فى الكلاله ، إن امرؤ هلك ليس له ولد وله أخت فلها

نصف ما ترك وهو يرثها ان لم يكن لها ولد ، فان كانتا اثنتين فلهما الثلثان مما ترك ، وان كانوا اخوة رجالا ونساء فللذكر مثل حظ الأنثيين ، وليس فى الآية ذكر ثلاث أخوات فما زاد ، ولكن قد ذكر فى البنات اذا كن فوق اثنتين أن لهن الثلثين ، ولم يذكر الثلاث فى الأخوات اكتفاء بما ذكره فى البنات ، كما أنه لم يذكر ما للابنتين اكتفاء بما ذكره للاختين ، لأن حكم البنات والأخوات واحد وأيضا قد روى جابر قال: اشتكيت وعندى ثلاث أخوات فدخل على رسول الله صلى الله عليه وسلم يعودنى ، فقلت يا رسول الله كيف أصنع بمالى وليس يرثنى الا الكلالة ، فخرج رسول الله صلى الله عليه وسلم ثم رجع فقال : قد أنزل فى أخواتك وبيّن ، فجعل لهن الثلثين . قال جابر فنزلت قوله « يستفتونك قل الله يفتيكم فى الكلالة » فذكر أن الاية نزلت فى أخواته وهن تسع على ما فى الصحيح وانما وردت بابنتين ، فدل على أن المراد بالايه الابنتان وما زاد عليهما

(فرع) وأما الأخوات للأب والأم كبنات الابن مع البنات لأنهن قد تساوين فى الأخوة ، لأن الاخوات للاب والام فضلن فى الإدلاء بالام فكن كالبنات فضلن على بنات الابن

اذا ثبت هذا فان لم يكن هناك أحد من الاخوة للأب والأم وهناك أخت واحدة لأب فلها النصف ، وان كانتا أختين فصاعداً فلهما الثلثان . وان كان هناك أخت لأب وأم وأخت لأب كان للاخت للاب والام النصف والاخت للاب السدس قياسا على ابنة الابن مع ابنة الصلب .

وان كان هناك أخت لأب وأم وأخ وأخت كان للاخت للاب والام النصف وللاخ والاخت للاب الباقى للذكر مثل حظ الانثيين . وان خلف أختين لاب وأم وأختاً لأب كان للاختين للاب والام الثلثان ولا شىء للأخت للاب لانه لا يجوز أن يأخذ للاخوات الفرض أكثر من الثلثين .

وان خلف أختين لأب وأم وأخا وأخوات لأب فللأختين للأب والأم الثلثان وما بقى للاخ والاخوات للاب ، للذكر مثل حظ الانثيين ، وبه قال عامة الصحابة والفقهاء الا ابن مسعود فإنه قال: لهن الاقل من المقاسمة أو سدس المال وقد مضى الدليل على ذلك فى بنات الابن

وان خلف أختين لاب وأم وأختا لاب وابن أخ لاب ، وأم أم لاب فللاختين للاب والام الثلثان والباقى لابن الاخ ، ولا يعصب الاخت للاب . والفرق بينه وبين ابن الابن حيث عصب عمته أن ابن الابن يعصب أخته فعصب عمته وابن الاخ لا يعصب أخته فلم يعصب عمته

(فرع) وان خلف ابنة وأختاً لاب وأم أو لاب أو ابنة ابن وأختاً لاب وأم أو لاب كان للابنة أو لابنة الابن النصف وما بقى للاخت . وهكذا ان خلف ابنتين وأختاً لاب وأم أو لاب كان للابنة النصف ولابنة الابن السدس وللاخت ما بقى . وكذلك ان كان فى هـذه المسائل مع الاخت ابن أخ أو عم ، فإن ما بقى عن فرض البنات للاخت دون ابن الاخ والعم ، وبه قال عامة الصحابه والفقهاء الا ابن عباس فانه لم يجعل للاخت مع البنت مع ابنة الابن شيئا ، بل جعل ذلك لابن الاخ أو للعم لقوله تعالى « قل الله يفتيكم فى الكلالة ان امرؤ هلك ليس له ولد وله أخت فلها نصف ما ترك » فورث الاخ شرط أن لا يكون للميت ولد ، ولقوله صلى الله عليه وسلم : ما أبقت الفرائض فلاولى عصبة ذكر

دليلنا ما ذكرناه من حديث هذيل بن شرحبيل ، قال ابن مسعود لأقضين فيها بقضاء رسول الله صلى الله عليه وسلم : للابنة النصف ولابنة الابن السدس وللأخت ما بقى .

وأما الجواب عن قوله تعالى « يستفتونك قل الله يفتيكم فى الكلالة ، ان امرؤ هلك ليس له ولد وله أخت فلها نصف ما ترك » فان الاية تدل على أنه لا فرض لها اذا كان للميت ولد ، ونحن نقول كذلك لان هذا النصف الذى يأخذه مع عدم الولد يأخذه بالفرض. وهذا الذى يأخذه مع وجود الولد يأخذه بالتعصيب بدليل ما ذكرناه من الخبر .

فأما قوله صلى الله عليه وسلم: ما أبقت الفرائض فلاولى عصبة ذكر ، فيحتمل اذا لم يكن هناك أخوات ، بدليل ما ذكرناه من خبر ابن مسعود ، ولأن للاخت تعصيبا ولابن الاخ تعصيبا ، وتعصيب الأخت أولى لأنها أقرب من ابن الاخ والعم وابن العم .

وأمامسألة ولد الأم فللواحدمنهم السدس ذكراً كان أو أنثى وللاثنين فما زاد منهم الثلث ، ويستوى فيه بين الذكر والأنثى لقوله تعالى «وإن كان رجل يورث كلالة أو امرأة وله أخ أو أخت فلكل واحد منهما السدس ، فإن كانوا أكثر من ذلك فهم شركاء فى الثلث ، وهـذه الاية نزلت فى الإخوة والأخوات للأم ، بدليل ما روى أن سعد بن أبي وقاص وابن مسعود كانا يقرآنهـا « وله أخ أو أخت من أم فلكل واحد منهما السدس» والقراءة الشاذة تحل محل الاخبار عن النبي (ص) أو التفسير ، فيجب العمل به ، ولأن إرث الاخوة للأم إرث بالرحم المحض ولا تعصيب لهم فاستوى ذكرهم وأنثاهم كالأبوين مع الابن

وأما مسألة الأب فله ثلاث حالات : حالة يرث بالفرض لا غير ، وحالة يرث فيها بالتعصيب لا غير . وحالة يرث فيها بالفرض والتعصيب

فأما الحالة التى يرث فيها بالفرض لا غير فهو إذا كان مع الابن أو ابن الابن فإن فرض الأب السدس لقوله تعالى « ولأبويه لكل واحد منهما السدس مما ترك إن كان له ولد » والمراد بالولد هنا الذكر .

وأما الحالة التى يرث فيها بالتعصيب لا غير فتنقسم قسمين : أحدهما ينفرد بجميع المال وهو إذا لم يكن معه من له فرض غير الابنة ، مثل ان كان معه أم أو أم أم أو زوج أو زوجة فإنه يأخذ مابقى عن فرض هؤلاء بالتعصيب لقوله تعالى « فإن لم يكن له ولد وورثه أبواه فلأمه الثلث» فأضاف المال الى الأبوين ثم قطع الام منه الثلث ولم يذكر حكم الباقى ، فدل على أن جميعه للأب

وأما الحالة الثالثة التى يرث فيها بالفرض والتعصيب فهو إذا كان أب وابنة أو إبنة ابن فإن للاب السدس بالفرض وللابنة أو لابنة الابن النصف والباقى للاب بالتعصيب ،

وقيل إن رجلا سأل الشعبي عن رجل مات وخلف بنتاً وأباً فقال له : للابنة النصف والباقى للاب ، فقال أصبت المعنى وأخطأت العبارة . قل للاب السدس وللابنة النصف والباقى للاب . وهكذا لو خلف ابنتين وأباً ؛ أو إبنة ابن وأباً ، فللاب السدس وللابنتين الثلثان والباقى للاب .

(فرع) وأما الجد ففرضه السدس مع الابن أو ابن الابن لاجماع الأمة على ذلك . وإن مات رجل وخلف جداً أو ابنة ابن قال المسعودي فمن أصحابنا من قال للجد السدس بالفرض وللابنة أو ابنة الابن النصف والباقى للجد بالتعصيب كما قلنا فى ابنة وأب . ومنهم من قال يجوز أن يقال للابنة النصف والباقى للجد . وأما مسألة الجدة فقد قال الشافعى رضى الله عنه « ولا يرث مع الاب أبواه ولا مع الأم جده .

وجملة ذلك أن الأم تحجب الجدات من جهتها ومن جهة الأب ، لما روى عبد الله بن زيد أن النبى صلى الله عليه أعطى الجدة السدس إذا لم يكن دونها أم ، فشرط فى إرث الجدة إذا لم يكن هناك أم . فدل على انه اذا كان هناك أم انه لاشيء للجدة . ولأن أم الأم تدلى بالام . ومن ادلى بشخص لم يشاركه فى الميراث كابن الابن مع الابن .

وأما أم الاب فإنه لا يرث معه أبواه ، لان الجد يدلى بالاب ، ومن أدلى بعصبة لم يشاركه فى الميراث كابن الابن لا يشاركه الابن ، وكذلك لا يرث مع الاب أحد من أجداده لما ذكرناه فى الجد . ولا يحجب الاب ام الام لانها تدلى بالام ، والاب لا يحجب الام فلم يحجب أمها كما لا يحجب الاب ابن الابن ، وكذلك أم الام ترث مع الجد لان الاب إذا لم يحجبها فلأن لا يحجبها الجد أولى . وكذلك الجد لا يحجب أم الاب لانها تساويه فى الدرجة والادلاء الى الميت

قال أصحابنا وجميع هذه المسائل فى الحجب لا خلاف فيها ، وأما الاب فهل يحجب أم نفسه ؟ اختلف أصحابنا فيه ، فذهب الشافعى إلى انه لا يحجبها ، وبه قال من الصحابة عثمان وعلى وزيد بن ثابت . ومن التابعين شريح . ومن الفقهاء الاوزاعى والليث ومالك وابو حنيفة وأصحابه

وذهب عمر بن الخطاب وابن مسعود وابو موسى وعمران بن الحصين الى أنه لا يحجبها بل ترث معه من ولده ، وبه قال احمد وإسحاق وابن جرير الطبرى لما روى ان النبي صلى الله عليه وسلم ورث امرأة من ثقيف مع ابنها ، دليلنا انها تدلى بولدها فلم يشاركه فى الميراث كأم الام لا ترث مع الام

وأما الخبر فى الجدة التى ورثت مع ابنها فيجوز أن يكون لها ابنان فمات أحدهما وخلف ابناً ثم مات ابن ابنها وخلف عمه وجدته أو يجوز أن يكون الابن كافراً أو قاتلا أو مملوكا ، اذا ثبت هذا ومات رجل وخلف أباه وأم أمه وأم أبيه فإن البغداديين من أصحابنا قالوا : لأم الام السدس والباقى للأب . قال المسعودى فيه وجهان . أحدهما هذا ، والثانى أن الجدة أم الأب تحجب أم الام عن نصف السدس ويأخذه الاب مع باقى المال ، ووجهه أنهما لو اجتمعتا لشاركتها فى نصف السدس واستحقته ، فإذا كان هناك الاب استحق ما كانت تستحقه لانها تدلى به ، والاول هو المشهور ، ولا ترث ابنة الإبن مع الابن لما ذكرناه فى أم الاب والله تعالى أعلم .

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) ولا يرث ولد الام مع أربعة مع الولد وولد الابن والاب والجد لقوله عز وجل « وان كان رجل يورث كلالة أو امرأة وله أخ أو أخت فلكل واحد منهما السدس » فورثهم فى الكلالة ، والكلالة من سوى الوالد والولد ، والدليل عليه ما روى جابر رضى الله عنه قال « جاءنى النبي صلى الله عليه وسلم يعودنى وأنا مريض لا أعقل ، فتوضأ وصب من وضوئه علىّ فعقلت ، فقلت يا رسول الله لمن الميراث وانما يرثنى كلالة ، قال فنزلت آية الفرض » وروى أنه قال كيف أصنع فى مالى ولى أخوات ، فنزلت آية المواريث : يستفتونك قل الله يفتيكم فى الكلالة ، والكلالة هو من ليس له ولد ولا والد ، وله اخوة : ولأن الكلالة مشتق من الأكليل وهو الذى يحتاط بالرأس من الجوانب ، والذين يحيطون بالميت من الجوانب الاخوة ، فأما الوالد والولد فليسا من الجوانب ، بل أحدهما من أعلاه والاخر من أسفله ، ولهذا قال الشاعر يمدح بنى أمية :

ورثتم قناة الملك لا عن كلالة ... عن ابنى مناف عبد شمس وهاشم

(فصل) ولا يرث ولد الأب والأم مع ثلاثة ، مع الابن وابن الابن والأب ، والدليل عليه قوله عز وجل « يستفتونك قل الله يفتيكم فى الكلالة

إن امرؤ هلك ليس له ولد وله أخت فلها نصف ما ترك وهو يرثها إن لم يكن لها ولد ، فورثهم فى الكلالة ، وقد بينا أن الكلالة أن لا تكون والداً ولا ولداً .

(فصل) وإذا استكمل البنات الثلثين ولم يكن مع من دونهن من بنات الابن ذكر لم يرثن . لما روى الأعمش عن إبراهيم قال : قال زيد رضى الله عنه إذا استكمل البنات الثلثين فليس لبنات الابن شيء إلا أن يلحق بهن ذكر ، فيرد عليهن بقية المال : إذا كان أسفل منهن رد على من فوقه للذكر مثل حظ الأنثيين ، وان كن أسفل منه فليس لهن شيء ، وبقية المال له دونهن ، ولأنا لو ورثنا من دونهن من بنات الابن فرضاً مستأنفاً لم يجز لأنه ليس للبنات بالبنوة أكثر من الثلثين ، وان شركنا بينهن وبين بنات الابن لم يجز ، لأنهن أنزل منهن بدرجة فلا يجوز أن يشاركنهن ، وان استكمل الأخوات للأب والأم الثلثين ولم يكن مع الأخوات للأب ذكر يعصبهن لم يرثن لما ذكرناه من المعنى فى البنات وبنات الإبن .

(فصل) ومن لا يرث ممن ذكرناه من ذوى الأرحام أوكان عبداً أو قاتلا أو كافراً لم يحجب غيره من الميراث ، لانه ليس بوارث فلم يحجب كالاجنبى .

(الشرح) حديث جابر أخرجه أحمد قال ثنا سفيان أنبأنا ابن المنكدر أنه سمع جابراً يقول : مرضت فأتانى النبى صلى الله عليه وسلم يعودنى هو وأبو بكر ماشيين ، وقد أغمى على فلم أكلمه ، فتوضأ فصبه على فأفقت وقلت : يارسول الله كيف أصنع فى مالى ولى أخوات ؟ قال : فنزلت آية الميراث « يستفتونك قل الله يفتيكم فى الكلالة ، كان ليس له ولد وله أخوات » .

وفى رواية الصحيحين عن جابر رضى الله عنه قال « عادنى رسول الله صلى الله عليه وسلم وأبو بكر فى بنى سلمة يمشيان ، فوجدنى لا أعقل — زاد فى رواية الكشميهنى : شيئاً » وقد ترجم البخارى له فى صحيحه : باب عيادة المغمى عليه وفى باب الاعتصام من صحيح البخارى بأنه صب عليه نفس الماء الذى توضأ به ، وفى باب عيادة المريض : فتوضأ النبى صلى الله عليه وسلم ثم صبّ وضوءه علىّ وفى لفظ عند أبى داود : فنفخ فى وجهى فأفقت ، وفى الصحيحين من رواية رافع

ابن خديج : فنزلت : يوصيكم الله فى أولادكم . فقد قيل : انه وهم وأن الصواب أن الآية التى نزلت فى قصة جابر هى الآية الأخيرة من سورة النساء وهى : يستفتونك . قال شعبة : قلت لمحمد بن المنكدر : يستفتونك قل الله يفتيكم فى الكلالة ؟ قال : هكذا أنزلت .

أما الاحكام : فإن الاخوة والاخوات للأم فيسقطون عن الارث مع أحد أربعة ، مع الاب أو الجد الوارث أو مع الولد ذكراً كان أو أنثى واحداً كان أو أكثر أو مع ولد البنين ، سواء كان ولد الابن ذكرا أو أنثى ، واحدا كان أو أكثر : والدليل عليه قوله تعالى « وان كان رجل يورث كلالة أو امرأة وله أخ أو أخت فلكل واحد منهما السدس ، فإن كانوا أكثر من ذلك فهم شركاء فى الثلث » فورثهم بالكلالة ، والكلالة هو من لا ولد له ولا والد .

والدليل عليه الكتاب والسنه والاجماع واللغه . فالكتاب يستفتونك قل الله يفتيكم فى الكلالة ان امرؤ هلك ليس له ولد . فنص على أن الكلالة من لا ولد له ، والاستدلال من الآيه أن الكلاله أيضاً من لا والد له لقوله تعالى « وله أخت فلها نصف ماترك وهو يرثها ان لم يكن لها ولد » فورث الاخت نصف مال الاخ وورث الاخ جميع مال الاخت اذا لم يكن لها ولد ولا والد .

وأما السنه : فروايه جابر كيف أصنع بمالى ؟ انما ترثنى كلاله ، ولم يكن له ولد ولا والد ، فأقره النبى صلى الله عليه وسلم على ذلك .

وأما الاجماع فروى عن أبى بكر وعلى وابن مسعود وابن عمر رضى الله عنهم أنهم قالوا الكلاله من لا ولد له ولا والد ، ولا مخالف لهم .

وأما اللغه ، فإن الكلاله مأخوذة من الأكليل ، والاكليل انما يحيط بالرأس من الجوانب ، ولا يتعلق عليه ولا ينزل عنه ، والاب يعلو الميت ، وولده ينزل عنه ، كذلك الكلاله يحيط بالميت من الجوانب ولا تعلو عليه ولا تنزل عنه ، ولهذا قال الشاعر الاموى يمدحهم :

ورثتم قناة الملك لا عن كلاله عن ابنى مناف عبد شمس وهاشم

أى لم ترثوا الملك عمن هو مثلكم ، وانما ورثتموه عمن هو أعلى منكم ،

عن عثمان بن عفان جدكم . وعثمان ورثه عن جده عبد شمس وعبد شمس ورثه عن هاشم جد النبي صلى الله عليه وسلم . وقال ابن بطال : لأن بنى أمية ورثوا الخلافة عن عثمان رضى الله عنه وأبوه من بنى عبد شمس وأم أمه من بنى هاشم ، وهى البيضاء بنت عبد المطلب بن هاشم لجدته لأمه عمة النبي صلى الله عليه وسلم

أما مسألة الإخوة والأخوات للأب والأم فإنهم لا يرثون مع أحد ثلاثة ، مع الأب أو مع الإبن أو ابن الإبن لقوله تعالى « يستفتونك قل الله يفتيكم فى الكلالة إن امرؤ هلك » الايه . فورث الأخت من أخيها بالكلالة ، وقد دللنا على أن الكلالة من لا ولد له ولا والد

ثم دل الدليل على أنهم يرثون مع البنات وبنات الإبن ومع الجد ، وبقى الاب والإبن وابن الابن على ظاهر الاية ، ولا ترث الاخوة والاخوات للأب مع مع أحد أربعة : الأب والابن وابن الابن لما ذكرناه . ولا مع الاخت الأب والام لأنها أقرب منهم

أما مسألة الحجب فإنه حجبان : حجب إسقاط وحجب نقصان . فأما حجب الاسقاط فمثل حجب الابن للإخوة والاخوات وبنيهم . والاعمام وبنيهم . ومثل حجب الاخوة لبنى الاخوة والاعمام وبنيهم ، ومثل حجب الأب الإخوة . وأما حجب النقصان فمثل حجب الولد للزوج من النصف الى الربع ، وحجب الزوجة من الربع إلى الثمن ، ومثل حجب الام من الثلث الى السدس . اذا ثبت هذا فإن جميع من ذكرنا ممن لا يرث من ذوى الأرحام والكفار والمملوكين والقاتلين ومن عمى موته فإنه لا يحجب غيره . وبه قال الصحابةُ والفقهاء كافة إلا ابن مسعود فإنه قال . يحجبون حجب النقصان . ووافق أنهم لا يحجبون حجب الإسقاط .

ودليلنا أن كل من لا يحجب حجب الاسقاط لم يحجب حجب النقصان كابن البنت ، ولأنه ليس بوارث فلم يحجب غيره كالاجنبى ، فإن قيل الاخوان لا يرثان مع الاب ويحجبان الام فالجواب أنهما وارثان ، وإنما أسقطهما من هو أقرب منهما ، وهؤلاء ليسوا بورثة فى الجملة

(فرع) قال الشافعى رضى الله عنه : وبنو الاخوة لا يحجبون الام عن الثلث

ولا يرثون مع الجد ، وهـذا صحيح . بنو الاخوة لا يحجبون الام من الثلث الى السدس ، سواء كان بنى إخوة لأب وأم أو لأب لقوله تعالى « وورثه أبواه » أليس لما حجبها الأولاد حجبها أولاد الاولاد ، هلا قلتم لما حجبها الاخوة حجبها أولادهم ؟ قلنا: الفرق بينهما أن حجب الاولاد أقوى من حجب الاخوة ، بدليل أن الواحد من الأولاد حجب الأم ، فمن حيث هو أقوى تعدى حجبه ذلك الى ولده ، وحجب الاخوة أضعف لأنه لا يحجبها إلا إثنان منهم عندنا . وعند ابن عباس لا يحجبها إلا ثلاثة . فمن حيث ضعف حجبهم لم يتعد حجبهم الى أولادهم ، ولأن كل من حجبه الولد حجبه ولد الابن ، لأن الولد يحجب الاخوة فحجبهم ولده ؛ والولد يحجب الاب فحجبه ولده ، وليس كذلك ولد الاخوة فانهم لا يحجبون من يحجب أبوهم ، ألا ترى أن الاخ للأب والام يحجب الاخ للأب ومعلوم أن ابن الاخ للأب والام لا يحجب الاخ للاب ، بل الاخ للأب يسقط ابن الاخ للأب والأم ولا يرث بنو الأخوة من الجد لأن الجد أقرب منهم فأسقطهم . والله تعالى أعلم بالصواب

قال المصنف رحمه الله تعالى :

﴿ فصـل ﴾ وإن اجتمع أصحاب فروض ولم يحجب بعضهم بعضا فرض لكل واحد منهم فرضه فإن زادت سهامهم على سهام المال أعيلت بالسهم الزائد ودخل النقص على كل واحد منهم بقدر فرضه ، فإن ماتت امرأة وخلفت زوجا وأما وأختين من الام وأختين من الاب والام فللزوج النصف وللأم السدس وللأختين من الام الثلث وللأختين من الاب والام الثلثان ، وأصل الفريضة من ستة وتعول إلى عشرة ، وهو أكثر ماتعول اليه الفرائض لأنها عالت بثلثيها وتسمى أم الفروخ لكثرة السهام العائلة ، وتسمى الشريحية لأنها حدثت فى أيام شريح وقضى فيها .

وإن مات رجل وخلف ثلاث زوجات وجدتين وأربع أخوات من الأم وثمانى أخوات من الاب والام ، فللزوجات الربع وللجدتين السدس وللأخوات من الام الثلث وللأخوات من الاب والام الثلثان ، وأصلها من اثنى عشر وتعول

إلى سبعة عشر وهو أكثر ما يعول اليه هذا الأصل وتسمى أم الأرامل ، وإن مات رجل وخلف زوجة وأبوين وابنتين فللزوجة الثمن وللأبوين السدسان وللإبنتين الثلثان وأصلها من أربعة وعشرين وتعول إلى سبعة وعشرين وتسمى المنبرية ، لأنه روى أن علياً كرم الله وجهه سئل عن ذلك وهو على المنبر فقال صار ثمنها تسعاً .

وإن ماتت امرأة وخلفت زوجا وأماً وأختا من أب وأم فللزوج النصف وللأخت النصف وللأم الثلث ، وأصلها من ستة وتعول إلى ثمانيه وهى أول مسئلة أعيلت فى خلافة عمر رضى الله عنه وتعرف بالمباهلة ، فإن ابن عباس رضى الله عنه أنكر العول وقال هذان النصفان ذهبا بالمال فأين موضع الثلث فقيل له والله لئن مت أو متنا فيقسم ميراثنا إلا على ما عليه القوم ، قال فلندع أبناءنا وأبناءهم ونساءنا ونساءهم وأنفسنا وأنفسهم ، ثم نبتهل فنجعل لعنة الله على الكاذبين ، والدليل على إثبات العول أنها حقوق مقدرة متفقة فى الوجوب ، ضاقت التركة عن جميعها فقسمت التركة على قدرها كالديون

(الشرح) اذا اجتمع أصحاب الفروض وضاقت سهام المال عن أنصبتهم ، أعيلت الفريضة التى زيد فى حسابها ليدخل النقص على كل واحد منهم بقدر حقه . والعول هو الرفع .

قال الفيومى فى المصباح : عالت الفريضة عولا ارتفع حسابها وزادت سهامها فنقصت الانصباء ، فالعول نقيض الرد ، ويتعدى بالألف فى الأكثر ، وبنفسه فى لغة ، فيقال أعال زيد الفريضة وعالها ، وعال الرجل عولا جار وظلم . وقوله تعالى : ذلك أدنى ألا تعولوا . قيل معناه ألا يكثر من تعولون . وقال مجاهد : لا تميلوا ولا تجوروا .

وقال العمرانى فى البيان : وانما سمى عولا للرفع فى الحساب الى الزيادة فيه . اذا ثبت هذا فأصول حساب الفرائض سبعه : الاثنان ، والثلاثه ، والأربعه ، والسته ، والثمانيه ، والاثنا عشر ، والأربعة وعشرون . فأربعة من هذه الأصول لا يعول قط ، وهى الاثنان والثلاثه والأربعه والثمانيه ، وثلاثه من

هذه الأصول يعول ، وهى الستة والاثنا عشر والاربعة وعشرون فأما أصل الستة فإنه يعول الى سبعه وثمانيه وتسعه وعشرة . فأما التى تعول الى سبعه فهى اذا ماتت امرأة وخلفت زوجا وأختين لأب وأم ، فللزوج النصف ثلاثه وللاختين الثلثان أربعه فذلك سبعه . أو مات رجل وخلف أختين لأب وأم وأختين لأم وأما أو جدة فللأختين الأب والام الثلثان أربعه وللاختين الأم الثلث سهمان وللام أو الجدة سهم وهو السدس فذلك سبعه ، فتتصور أن يكون الميت فيها رجلا أو امرأة .

* * *

وأما التى تعول الى ثمانيه ، فمثل أن يكون هناك أختان لأب وأم وأخ لأم وزوج فللأختين للأب والأم الثلثان أربعه والاخ الأم السدس سهم وللزوج النصف ثلاثه . وكذلك اذا خلفت زوجا وأختا لأب وأم أو لأب وأما فللزوج النصف ثلاثه وللاخت النصف ثلاثه وللام الثلث سهمان وتعرف هذه المسأله بالمباهلة ، فإنها حدثت فى أيام عمر رضى الله عنه ، فقضى فيها عمر كذلك فأنكره ابن عباس وقال : من شاء باهلته فيها ، والبهلة اللعنه .

وأما التى تعول الى تسعه فمثل ان تموت امرأة وتخلف اختين لأب وأم وزوجا فللأختين الثلثان اربعه وللأخوين الأم الثلث وللزوج النصف . وأما التى تعول الى عشرة ، فمثل ان تموت امرأة وتخلف زوجا واختين لأب وام واخوين لأم واماً او جدة فللزوج النصف ثلاثه وللاخوين الاب والام الثلثان اربعه . وللأخوين للام الثلث سهمان وللام او للجدة سهم فذلك عشرة . وهى اكثر ما تعول اليه الفرائض لأنها عالت بثلثيها . وتسمى ام الفروخ لكثرة ما فرخت وعالت به من السهام ، وتسمى الشريحيه لأنها حدثت فى زمان شريح فقضى بها كذلك . وكان الزوج يقول : جعل لى شريح النصف فلما كان وقت القسمه لم يعط النصف ولا الثلث . وقال شريح : اراك رجلا جائراً تذكر الفتوى ولا تذكر القصه .

وإذا عالت الفريضة إلى ثمانية أو تسعة أو عشرة فلا يحتمل أن يكون ذكراً وأما أصل الاثنى عشر فإنها تعول إلى ثلاثة عشر وخمسة عشر وسبعة عشر ، فأما التى تعول إلى ثلاثة عشر فمثل أن يموت رجل ويخلف زوجة وأختين لأب وأم وأماً أو جدة فللأختين الثلثان ثمانية وللزوجة الربع ثلاثة وللأم أو الجدة السدس سهمان فيتصور فى التى تعول الى ثلاثة عشر أن يكون الميت رجلا أو إمرأة ، وأما التى تعول إلى خمسة عشر فمثل أن يكون هناك زوجة وأختان لأب وأم وأخوان لأم فللزوجة الربع ثلاثة وللأختين للاب والأم الثلثان ثمانية وللأخوين الأم الثلث أربعة . أو تموت امرأة فتخلف زوجا وابنتين وأبوين فللزوج الربع ثلاثة وللابنتين الثلثان ثمانية وللابوين السدسان أربعة ، فتتصور أن يكون الميت فيها رجلا او امرأة .

وأما الى تعول الى سبعة عشر كان يكون هناك زوجة وأختان لأب وأم وأخوان لأم وأم أو جدة ، فللزوجة الربع ثلاثة وللاختين للاب والأم الثلثان ثمانية وللاخوين الام الثلث أربعة ، وللام أو الجدة السدس سهمان فذلك سبعة عشر ، وهذا أكثر مايعول اليه هذا الأصل ، وتسمى أم الأرامل لأنه لايتصور أن يكون الميت فيها الا رجلا .

وأما أصل أربعة وعشرين فإنه يعول الى سبعة وعشرين لا غير ، وهو أن يكون هناك زوجة وابنتان وأبوان ، فللزوجة الثمن ثلاثة وللابنتين الثلثان ستة عشر وللأبوين السدسان ثمانية ، ولا يتصور أن يكون الميت معها الا رجلا وتسمى المنبرية ، لأن عليا رضى الله عنه سئل عنها وهو على المنبر فقال : صار ثمنها تسعاً .

اذا ثبت هذا : فقد قال بالعول الصحابة كافة وذلك أنه حدث فى أيام عمر رضى الله عنه أن امرأة ماتت وخلفت زوجا وأختا لأب وأم وأماً فاستشار الصحابة فيها فأشار العباس عليه بالعول فقالوا : صدقت ، وكان ابن عباس يومئذ صبيا فلما بلغ أنكر العول وقال : من شاء باهلته ، وروى عن عبد الله بن مسعود أنه قال : التقيت أنا وزفر بن أوس الطائى فذهبنا الى ابن عباس وتحدثنا معه فقال

ان الذي أحصى رمل عالج عدداً لم يجعل فى مال نصفا ونصفا وثلثا فالنصفان ذهبا بالمال ، فأين الثلث ، فقال له زفر . من أول من أعال المسائل ، فقال عمر فقال ابن عباس : وايم الله لو قدموا من قدم الله وأخروا من أخره الله ، ما عالت فريضة قط ، فقال له زفر : من المقدم ومن المؤخر ، فقال : من أهبط من فرض الى فرض فهو المقدم ، ومن اهبط من فرض الى ما بقى فهو المؤخر ، فقال زفر : هلا اشرت عليه ، فقال : هبته ، وكان امرءاً مهيبا ، فكان ابن عباس يدخل النقص على البنات والأخوات ويقدم الزوج والزوجه والأم ، لأنهم يستحقون الفرض بكل حال ، والبنات والأخوات تارة يفرض لهن وتارة لا يفرض لهن ، فيقول فى زوجة وابنتين وابوين : للزوجة الثمن وللأبوين السدسان ثمانيه وللابنتين مابقى وهو ثلاثه عشر .

ودليلنا ما روى ابن عباس ان النبي صلى الله عليه وسلم قال : اقسموا الفرائض على كتاب الله عز وجل ، ووجدنا ان الله فرض لكل واحد ممن ذكرنا من البنات والأخوات فرضا فوجب ان يقسم ذلك لهن ، ولأن الأخوات اقوى حالا من الأم ، والبنات اقوى حالا من الزوج والزوجه بدليل ان البنات يحجبن الزوج والزوجة ، من النصف والربع الى الربع والثمن ، والزوجان لا يحجبانهن ، والأخوات يحجبن الأم والأم لا تحجبهن ؛ فكيف يجوز تقديم الضعيف على من هو اقوى منه ، ولانه لا خلاف ان رجلا لو اوصى لرجل بثلث ماله ولم يجز الورثه يقسم الثلث بينهما ، واذا ضاق مال المفلس عن ديونه قسم بينهم على قدر ديونهم ، فوجب اذا ضاقت التركة عن سهام التركة ان يجعل لكل واحد منهم على قدر سهمه حسب قانون النسبه ويضرب به ، ولأنه اذا كان هناك زوج واختان لأم وأم فلا بد ان ينتقض فيها بعض اصول ابن عباس ، لانه قال للزوج النصف وللام السدس وللاختين الثلث نقض اصله فى ان الاختين تحجبان الام من الثلث الى السدس ، وان قال : للزوج النصف وللام الثلث وللاختين للام الثلث نقض اصله لانه ادخل النقص على من له فرض مقدر لا ينقص عنه ، وان قال : للزوج النصف وللام الثلث وللاختين للام الثلث اعال الفريضه فنقض اصله فى العول ، والله تعالى اعلم بالصواب .

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصــل) وإن اجتمع في شخص جهتا فرض ، كالمجوسي إذا تزوج ابنته فأتت منه ببنت ، فإن الزوجة صارت أم البنت وأختها من الأب ، والبنت بنت الزوجة وأختها ، فإن ماتت البنت ورثتها الزوجة بأقوى القرابتين وهي بكونها أماً ، ولا ترث بكونها أختا ، لأنها شخص واحد اجتمع فيه شيئآن يورث بكل واحد منهما الفرض ، فورث بأقواهما ولم ترث بهما ، كالأخت من الأب والأم وإن ماتت الزوجة ورثتها البنت النصف بكونها بنتا ، وهل ترث البـاقي بكونها أختا ، فيه وجهان .

(أحدهما) لا ترث ، لما ذكرناه من العلة .

(والثاني) ترث ، لأن إرثها بكونها بنتا بالفرض وإرثها بكونها أختا بالتعصيب لأن الأخت مع البنت عصبة ، فجاز أن ترث بهما كأخ من أم وهو ابن عم .

(الشرح) كان في بعض الشعوب القديمة إباحة التزوج بالإبنة والأخت كالمصريين فقد كان فراعينهم يتزوجون بأخواتهم كزواج توت عنخ آمون من شقيقته نفرتيتي ، وكذلك فعل رعمسيس وغـيره من هؤلاء ، وكذلك المجوس في فارس وخراسـان والهند ، وقد شبب المتنبي في شعره وتغزل في اخته فقال لا سامحه الله :

يا أخت معتنق الفوارس في الوغى   لاخوك ثم ارق منك وارحم
يرنو اليك مع العفاف وعنده   ان المجوس تصيب فيما تحكم

اما الاحكام : فإنه اذا ادلى شخص بنسبين او سببين الى مورثه فإنه يورث بكل واحد منهما فرضا مقدراً مثل ان يتزوج المجوسي ابنته فأولدها بنتا فلاخلاف انهما لا يورثان بالزوجية ، واما القرابة فإنهما قد صارتا اختين لأب واحداهما ام الاخرى ، فإن مات الاب كان لابنته الثلثان ومابقي لعصبته ؛ فإن ماتت السفلى ورثتها الاخرى بأقوى القرابتين ، وهي كونها اماً ، وهكذا لو وطيء مسلم ابنته بشبهة فأتت ببنت فإنها بنتها واختها لأب ؛ فان ماتت البنت السفلي ورثتها امها

بكونها أما لا بكونها أختا ، وبه قال زيد بن ثابت ومن الفقهاء مالك . وذهب على وابن مسعود وابن ابى ليلى وابو حنيفة وأصحابه إلى أنها ترث بالقرابتين . دليلنا أنهما قرابتان يورث بكل واحدة منهما فرض مقدر فوجب أن لا يرث بهما معا ، كالاخت للأب والام لا ترث بكونها أختا لأب وأختا لأم . وإن ماتت الام ورثتها بكونها بنتا النصف . وهل ترث الباقى بكونها أختا ؟ فيه وجهان

(أحدهما) لا ترث للعلة الاولى (والثانى) وهو قول أبى حنيفة أنها ترث بكونها بنتا النصف بالفرض ، وترث بكونها أختا الباقى بالتعصيب ، لجاز أن ترث بهما كأخ من أم هو ابن عم . وإن أتت منه بابن وابنة ثم مات الأب كان ماله لابنه وابنته للذكر مثل حظ الانثيين . وإن ماتت بعد ذلك البنت التى هى زوجة كان مالها لابنتها وابنها ولا يرثان بالاخوة .

وإن مات الابن وخلف أما وهى أخت لاب وأختا لاب وأم فعندنا للام الثلث ولا شيء لها بكونها أختا لاب ، وللاخت للاب والام النصف والباقى للعصبة وعند ابى حنيفة للاخت للاب والام النصف ، وللام بكونها أما السدس ، ولها بكونها أختا لاب السدس فوافقنا فى الجواب وخالفنا فى المعنى . والله اعلم

قال المصنف رحمه الله :

باب ميراث العصبة

العصبة كل ذكر ليس بينه وبين الميت انثى وهم الاب والابن ومن يدلى بهما وأولى العصبات الابن والاب لانهما يدليان بأنفسهما ، وغيرهما يدلى بهما ، فإن اجتمعا قدم الابن لان الله عز وجل بدأ به فقال « يوصيكم الله فى اولادكم للذكر مثل حظ الانثيين » والعرب تبدأ بالاهم فالاهم ، ولان الاب اذا اجتمع مع الابن فرض له السدس وجعل الباقى للابن ، ولان الابن يعصب اخته والاب لا يعصب اخته . ثم ابن الابن وان سفل لانه يقوم مقام الابن فى الارث والتعصيب ، ثم الاب لان سائر العصبات يدلون به ، ثم الجد ان لم يكن اخ لانه أب الاب ثم ابو الجد وان علا ، وان لم يكن جد فالاخ لانه ابن الاب ثم ابن الاخ وان سفل

ثم العم لأنه ابن الجد ثم ابن العم وإن سفل ثم عم الأب لأنه ابن ابى الجد ثم ابنه وإن سفل ، وعلى هذا أبداً .

(فصل) وإن انفرد الواحد منهم أخذ جميع المال ، والدليل عليه قوله عز وجل : ان امرؤ هلك ليس له ولد وله أخت فلها نصف ماترك ، وهو يرثها إن لم يكن لها ولد ، فورث الاخ جميع مال الاخت اذا لم يكن لها ولد ، وإن اجتمع مع ذى فرض أخذ ما بقى ، لما رويناه من حديث جابر رضى الله عنه أن النبي (ص) ورث أخا سعد بن الربيع ما بقى من فرض البنات والزوجة ، فدل على أن هذا حكم العصبة .

(فصل) وان اجتمع إثنان قدم أقربهما فى الدرجة لما روى ابن عباس رضى الله عنه أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : الحقوا الفرائض بأهلها فما بقى فهو لأولى عصبة ذكر . وإن اجتمع إثنان فى الدرجة وأحدهما يدلى بالاب والام والآخر يدلى بالاب قدم من يدلى بالاب والام ، لأنه أقرب ، وإن استويا فى الدرجة والإدلاء استويا فى الميراث لتساويهما

(فصل) ولا يعصب أحد منهم أنثى إلا الابن وابن الابن والاخ فإنهم يعصبون أخواتهم . فأما الابن فإنه يعصب أخواته للذكر مثل حظ الانثيين ، لقوله تعالى « يوصيكم الله فى أولادكم للذكر مثل حظ الانثيين » وأما ابن الابن فإنه يعصب من يحاذيه من أخواته وبنات عمه ، سواء كان لهن شيء من فرائض البنات أو لم يكن .

وقال أبو ثور : اذا استكمل البنات الثلثين فالباقى لابن الابن ولا شيء لبنات الابن ، لأن البنات لا يرثن بالبنوة أكثر من الثلثين ؛ فلو عصبنا بنت الابن بابن الابن بعد استكمال البنات الثلثين صار ما تأخذه بالتعصيب زيادة على الثلثين وهذا خطأ لقوله تعالى « يوصيكم الله فى أولادكم للذكر مثل حظ الانثيين » والولد يطلق على الاولاد وأولاد الاولاد والدليل عليه قوله تعالى « يابنى آدم » وقوله صلى الله عليه وسلم لقوم من أصحابه « يابنى اسماعيل ارموا فإن أباكم كان راميا » ولأنه يقال لمن ينتسب إلى تميم وطيء بنو تميم وبنو طيء .

وقوله : انهن لا يرثن بالبنوة أكثر من الثلثين ، فإنما يمتنع ذلك من جهة الفرض ، فأما فى التعصيب فلا يمتنع ، كما لو ترك إبناً وعشر بنات فإن للإبن السدس وللبنات خمسة أسداس وهو أكثر من الثلثين . وأما ابن ابن الابن وإن سفل فإنه يعصب من يحاذيه من أخواته وبنات عمه ، سواء بقى لهن من فرض البنات شيء أو لم يبق كما يعصب ابن الابن من يحاذيه . وأما من فوقه من العمات فينظر فيه فان كان لهن من فرض البنات من الثلثين أو السدس شيء أخذ الباقى ولم يعصبهن لانهن يرثن بالفرض ، ومن ورث بالفرض بقرابة لم يرث بالتعصيب بتلك القرابة ، وان لم يكن لهن من فرض البنات شيء عصبهن ، لما روى عن زيد ابن ثابت رضى الله عنه أنه قال : إذا استكمل البنات الثلثين فليس لبنات الابن شيء إلا أن يلحق بهن ذكر فيرد عليهن بقية المال اذا كان أسفل منهن رد على من فوقه للذكر مثل حظ الانثيين ، وإن كن أسفل منه فليس لهن شيء وبقية المال له دونهن ، ولانه لا يجوز أن يرث بالبنوة مع البعد ، ولا يرث عماته مع القرب ، ولا يعصب من هو أنزل منه من بنات أخيه ، بل يكون الباقى له لما ذكرناه من قول زيد بن ثابت ، فان كن أسفل منه فليس لهن شيء وبقية المال له دونهن ؛ ولانه عصبة فلا يرث معه من هو دونه كالابن مع بنت الابن . وأما الاخ فانه يعصب أخواته ، لقوله تعالى « وان كانوا اخوة رجالا ونساء فللذكر مثل حظ الانثيين » .

(فصل) ولا يشارك أحد من العصبات أهل الفروض فى فروضهم الا ولد الاب والام فانهم يشاركون ولد الام فى ثلثهم فى المشتركة ، وهى زوج وأم أو جدة واثنان من ولد الام وولد الاب والام ، واحداً كان أو أكثر ، فيفرض للزوج النصف وللام أو الجدة السدس ولولد الام الثلث يشاركهم ولد الاب والام فى الثلث ، لانهم يشاركونهم فى الرحم الذى ورثوا بها الفرض ؛ فلا يجوز أن يرث ولد الام ويسقط ولد الاب والام كالاب لما شارك الام فى الرحم بالولادة لم يجز أن ترث الام ويسقط الاب ، وتعرف هذه المسئلة بالمشركة لما فيها من التشريك بين ولد الاب والام وولد الام فى الفرض وتعرف بالحمارية . فانه يحكى فيها أن ولد الاب والام أنهم قالوا : احسب أن أبانا كان حماراً أليس أمنا وأمهم واحدة .

(الشرح) حديث سعد بن الربيع ومجيء إمرأته للنبي صلى الله عليه وسلم تشكوا أخاه مضى تخريجه ، وحديث ابن عباس رواه الشيخان وأحمد فى مسنده وحديث يابنى إسماعيل ارموا مضى تخريجه فى كتاب السبق والرمى . أما العصبة فهى القرابة الذكور الذين يدلون بالذكور ، هذا معنى ما قاله علماء اللغة ، وهو جمع عاصب مثل كفرة جمع كافر ، وقد استعمل الفقهاء العصبة فى الواحد إذا لم يكن غيره لانه قام مقام الجماعة فى إحراز جميع المال ، والشرع جعل الانثى عصبة فى مسئلة الاعتاق وفى مسئلة من المواريث فقلنا بمقتضاه فى مورد النص ، وقلنا فى غيره : لا تكون المرأة عصبة لا لغة ولا شرعا ، وعصب القوم بالرجل عصباً من باب ضرب أحاطوا به لقتال أو حماية ، فلهذا اختص الذكور بهذا الإسم لقوله عليه السلام « فلأولى عصبة ذكر » فذكر صفة الأولى وفيه معنى التوكيد كما فى قوله تعالى « إلهين اثنين » .

قال فى البيان : العصبة كل ذكر لا يدلى الى الميت بأنثى ، وانما سميت عصبة لانه يجمع المال ويحوزه مشتق من العصابة لانها تحيط الرأس وتجمعه ؛ والاصل فى توريث العصبة قوله تعالى « ولكل جعلنا موالى مما ترك الوالدان والاقربون والذين عقدت أيمانكم » قال مجاهد : الأقربون ههنا هم العصبة .

اذا ثبت هذا : فأقرب العصبه الإبن وان سفل ثم الأب . قال المسعودى : ومنهم من لا يسمى الابن عصبة وليس بشيء ، والدليل على أن الابن أقرب تعصيبا من الاب قوله تعالى « يوصيكم الله فى أولادكم » فبدأ بذكر الولد قبل الوالد والعرب لا تبدأ الا بالاهم فالاهم ، ولان الله تعالى فرض للاب مع الولد السدس فدل على ان الابن اسقط تعصيب الأب ، لأنه انما يأخذ السدس بالفرض ، ولان الابن يعصب اخته بخلاف الاب . فان عدم البنون وبنوهم وبنوهم وان سفلوا كان التعصيب للاب وكان احق من سائر العصبات لان سائر العصبات يدلون به ، فان عدم الاب كان التعصيب للجد ان لم يكن اخ لانه يدلى بالاب ثم اب الجد وان علا يقدمون على الاعمام . وان لم يكن جد وهناك اخ لاب وام او لاب كان التعصيب له لانه يدلى بالاب ، فان اجتمع الاب والأخ كان المال بينهما عندنا على ما يأتى

بيانه ، وإن اجتمع أخ لأب وأم وأخ لأب فالأخ للاب والأم أولى لما روى على رضى الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قضى بالدين قبل الوصية ، وقال : إن أعيان بنى الأخ يتوارثون دون بنى العلات يرث الرجل أخاه لأبيه وأمه دون أبيه ولأنه يدلى بقرابتين فكان أولى ممن يدلى بقرابة ، فإن عدم الاخ للاب والام كان التعصيب للاخ للاب ، ويقدم على ابن الاخ للاب والام لانه أقرب ، فإن عدم الاعمام وبنوهم كان التعصيب لاعمام الجد الاقرب فالاقرب منهم ، ثم بعدهم يكون لبنيهم وعلى هذا فاذا انفرد الواحد من العصبة أخذ جميع المال لقوله تعالى : إن امرؤ هلك ليس له ولد وله أخت فلها نصف ماترك ، وهو يرثها إن لم يكن لها ولد فورث الاخ جميع مال الاخت ، وان كان هناك اثنان من العصبة فى درجة واحدة اقتسما المال بينهما لاستوائهما فى النسب ، وان كان مع العصبة من له فرض أعطى صاحب الفرض فرضه وكان الباقى للعصبة لما ذكرناه فى حديث ابنتى سعد بن الربيع وزوجته وأخته ، ويعصب الابن أخته وأخواته ، لقوله تعالى « يوصيكم الله فى أولادكم للذكر مثل حظ الانثيين » وكذلك ابن الإبن يعصب أخواته لقوله تعالى « يستفتونك قل الله يفتيكم فى الكلالة » إلى قوله « وإن كانوا إخوة رجالا ونساء فللذكر مثل حظ الانثيين » ومن عدا هؤلاء من العصبة لايعصب أخواته لانه لا فرض لهن عند انفرادهن فلم يعصبهن .

(فرع) وان ماتت إمرأة وخلفت زوجا وأما واثنتين من ولد الأم وأخا وأختاً لاب وأم كان للام السدس وهو سهم من ستة ، وللزوج النصف ثلاثة وللاخوين للام الثلث سهمان ويشاركهما فى هذين السهمين الاخ والاخت للاب والأم يقتسمونه بينهم الذكر والأنثى فيه سواء ، وتصح من اثنى عشر للأم سهمان وللزوج ستة ولكل واحد من الإخوة والأخوات سهم ، وبه قال عمر وعثمان وابن مسعود وزيد بن ثابت وشريح ومالك وإسحاق .

وقال على بن أبى طالب وابن عباس وأبو موسى الأشعرى وأبىّ بن كعب والشعبى والثورى وأبو حنيفة وأصحابه وأحمد : يسقط الاخ والاخت للاب والام

دليلنا : أنها فريضة جمعت ولد أم وولد أب وأم يرث كل واحد منهما إذا انفرد ، فإذا ورث ولد الأم لم يسقط ولد الاب والام كما لو انفرد ولد الام وولد الاب والأم ؛ ولم يكن معهم ذو سهم غيرهم ، وهذه المسألة تعرف بالحمارية لأنه يحكى فيها أن ولد الأب قالوا : هب أن أبانا كان حماراً أليس أمنا وأمهم واحـــدة ؟ وتعرف بالمشركة أيضاً لما فيها من التشريك بين الإخوة للأم والإخوة للأب والام فى الثلث ، وقد مضى لنا فى العول تفصيل يشرح مسائل هـذه الفصول فلا داعى للتكرار ؛ والله تعالى أعلم .

قال المصنف رحمه الله :

(فصل) وان اجتمع فى شخص واحد جهة فرض وجهة تعصيب كابن عم هو زوج أو ابن عم هو أخ من أم ورث بالفرض والتعصيب لانهما ارثان مختلفان بسببين مختلفين ، فان اجتمع ابنا عم أحـدهما أخ من الام ورث الاخ من الام السدس والباقى بينه وبين الاخر .

وقال أبو ثور : المـال كله للذى هو أخ من الام لانهما عصبتان يدلى أحدهما بالأبوين والآخر بأحدهما فقدم من يدلى بهما كالأخوين أحـدهما من الأب والآخر من الأب والام ، وهذا خطأ لانه استحق الفرض بقرابة الام فلا يقدم بها فى التعصيب كابنى عم احدهما زوج .

(فصل) وإن لاعن الزوج ونفى نسب الولد انقطع التوارث بينهما لانتفاء النسب بينهما ، ويبقى التوارث بين الأم والولد لبقاء النسب بينهما ، وإن مات الولد ولا وارث له غـير الأم كان لها الثلث ، وإن اتت بولدين توأمين فنفاهما الزوج باللعان ثم مات احدهما وخلف اخاه ففيه وجهان (احدهما) انه يرثه ميراث الأخ من الأم لأنه لا نسب بينهما من جهة الاب فلم يرث بقرابته كالتوأمين من الزنا إذا مات احـدهما وخلف اخاه (والثانى) انه يرثه ميراث الاخ من الاب والام لان اللعان ثبت فى حق الزوجين دون غيرهما ، ولهذا لو قذفها الزوج لم يحد ولو قذفها غيره حد ، والصحيح هو الاول ، لان النسب قد انتفى بينهما فى حق كل واحد كما انقطع الفراش بينهما فى حق كل احد كما يجوز لكل احد ان يتزوجها .

(فصل) وإن كان الوارث خنثى ، وهو الذى له فرج الرجال وفرج النساء فإن عرف أنه ذكر ورث ميراث ذكر . وإن عرف أنه أنثى ورث ميراث أنثى . وإن لم يعرف فهو الخنثى المشكل وورث ميراث أنثى . فإن كان أنثى وحده ورث النصف ، فإن كان معه ابن ورث الثلث وورث الإبن النصف لأنه يقين ووقف السدس لأنه مشكوك فيه ، وإن كانا خنثيين ورثا الثلثين لأنه يقين ووقف الباقى لانه مشكوك فيه ، ويعرف أنه ذكر أو أنثى بالبول ، فإن كان يبول من الذكر فهو ذكر ، وإن كان يبول من الفرج فهو أنثى ، لما روى عن على كرم الله وجهه أنه قال : يورث الخنثى من حيث يبول . وروى عنه أنه قال : إن خرج بوله من مبال الذكر فهو ذكر . وإن خرج من مبال الانثى فهو أنثى . ولأن الله تعالى جعل بول الذكر من الذكر ، وبول الانثى من الفرج ، فرجع فى التمييز اليه . وإن كان يبول منهما نظرت فإن كان يبول من أحدهما أكثر فقد روى المزنى فى الجامع أن الحكم للأكثر . وهو قول بعض أصحابنا ؛ لأن الأكثر هو الاقوى فى الدلالة . والثانى أنه لاتعتبر الكثرة لأن اعتبار الكثرة يشق فسقط ، وإن لم يعرف بالبول سئل عما يميل اليه طبعه ، فإن قال أميل إلى النساء فهو ذكر ؛ وإن قال أميل إلى الرجال فهو أنثى . وإن قال أميل اليهما فهو المشكل ، وقد بيناه . ومن أصحابنا من قال : إن لم يكن فى البول دلالة اعتبر عدد الاضلاع ، فإن نقص من الجانب الأيسر ضلع فهو ذكر ، فإن أضلاع الرجل من الجانب الايسر أنقص ، فإن الله عز وجل خلق حواء من ضلع آدم الأيسر ، فمن ذلك نقص من الجانب الايسر ضلع . ولهذا قال الشاعر :

هى الضلع العوجاء لست تقيمها ... ألا ان تقويم الضلوع انكسارها
أتجمع ضعفاً واقتداراً على الفتى ؟ ... أليس عجيباً ضعفها واقتدارها

(الشرح) قوله « توأمين » واحدهما توأم ، ولا يقال للإثنين توأم ، على ما اشتهر على ألسنة العامة خطأ ، وإنما يقال للواحد توأم وللإثنين توأمين كالذكر والأنثى يقال لهما زوجان وكل واحد منهما زوج ، والأنثى توأمة والجمع توائم

وتؤام كدخان . قال الشاعر : قالت لنا ودمعها تؤام على الذين ارتحلوا سلام

أما الاحكام فإذا ماتت امرأة وخلفت ابنى عم أحـدهما زوج ورث الزوج النصف بالفرض والباقى بينه وبين الاخر بالتعصيب . وإن مات رجل وخلف ابنى عم أحدهما أخ لأم فإن للذى هو أخ لأم السدس بالفرض والباقى بينه وبين الاخر نصفان بالتعصيب ، وبه قال على وزيد بن ثابت ومالك والاوزاعى والثورى وأبو حنيفة

وذهب عمر وابن مسعود وشريح وأبو ثور أن المال كله لابن العم الذى هو أخ لأم من الرجال الأقربين ، فينبغى أن يكون له نصيب ، ولأنه يدلى بنسب يفرض له به فوجب أن لا يقوى به تعصيبه أحدهما زوج

(فرع) إذا قذف رجل امرأته بالزنا وانتفى عنه نسب ولدها ، ونفاه باللعان فإن النسب ينقطع بين الاب والولد فلا يثبت بينهما توارث : لأن الإرث بينهما بالنسب ولا نسب بينهما بعد اللعان ، ولا ينقطع التوارث بين الولد والأم لأنه لا ينتفى عنها ، فإن ماتت الام ورث ولدها جميع مالها إن كان ذكراً ، وإن مات الولد ولم يخلف غير الام كان لها الثلث والباقى لمولاه إن كان له مولى ، وإن لم يكن له مولى كان الباقى لبيت المـال ، وان كان له أخ كان له السـدس ولأمه الثلث والباقى لمولاه أو لبيت المـال ، وان كان له أخوان لأب وأم كان لأمه السدس ولأخويه لأبيه وأمه الثلث والباقى لبيت المـال ، وبه قال ابن عباس وزيد بن ثابت ، وهى إحدى الروايتين عن على

وقال أبو حنيفة : يكون للأم فرضها ويأخـذ الباقى بالارث بناء على أصله فى ذلك وذهب ابن مسعود الى أن الأم عصبة له فتأخذ ثلثها بالفرض والباقى بالتعصيب .

وذهب بعض الناس الى أن عصبته عصبة الأم . دليلنا ما روى البخارى ومسلم عن الزهرى عن سهل بن سعد الساعدى أنه قال فرق رسول الله صلى الله عليه وسلم بين الرجل والمرأة — يعنى باللعان — وكانت حاملا فانتفى حملها فكان الولد يدعى لأمه ، وجرت السنة أن يرثها وترث منه ما فرض الله لها . والذى

فرض الله للأم من الولد الثلث أو السدس ، فالظاهر يقتضى أنها لا تزاد على ذلك ولأن من ورث سهما من فريضة لم يستحق زيادة منها إلا بتعصيبه قياساً على الزوجة ، ولأن الأم لو كانت عصبة لم يسقطها المولى لأن العصبة لا تسقط بالمولى فدل على أنها ليست بعصبة .

وأما الدليل على أن عصبتها ليس عصبة لولدها أن الأم ليست عصبة للولد فلم يكن من يدلى بها عصبة له كابن الأخ للأم

إذا ثبت هذا فإن حكم ولد الزنا حكم ولد الملاعنة لأنه ثابت النسب من أمه وغير ثابت النسب من أبيه فكان حكمه حكم ولد الملاعنة

(فرع) وإن أتت المرأة بولدين توأمين من الزنا ، أو أتت امرأة رجل بولدين توأمين فنفاهما الأب باللعان فكان التوارث بينهما وبين الأب ينقطع لما ذكرناه فى الولد ولا ينقطع توارثهما بينهما وبين الام

وأما إرث أحدهما من الآخر فهل يتوارثان بكونهما أخوين لأم لا غير ؟ أو بكونهما أخوين لأب وأم ؟ فيه وجهان :

(أحدهما) يتوارثان بكونهما أخوين لأب وأم ، ولأن حكم اللعان إنما يتعلق بالزوجين دون غيرهما . ألا ترى أن الزوج إذا قذفها بعد اللعان لم يحد ، واذا قذفها غيره حد

(والثانى) انهما يتوارثان بكونهما أخوين لام لا غير وهو الاصح ، لأن نسبهما قد انقطع عن الأب فكيف يتوارثان به ؟

وقد روى أبو داود عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده عن النبى (ص) أنه جعل ميراث ابن الملاعنة لأمه ولورثتها من بعدها ،

(مسألة) اذا مات ميت وخلف وارثاً خنثى — وهو الذى له ذكر رجل وفرج امرأة — فإن كان يبول من الذكر لا غير فهو رجل ، وان كان يبول من الفرج لا غير فهو امرأة ، لما روى عن على كرم الله وجهه أنه قال : ان خرج بوله من مبال الذكر فهو ذكر . وان خرج من مبال الانثى فهو أنثى . ولأن الله تعالى أجرى العادة فى الرجل أنه يبول من ذكره وأن الأنثى تبول من فرجها فترجع فى التمييز اليه .

وان كان يبول منهما سواء أو خلق الله له موضعاً آخر يبول منه فهو مشكل وان كان يبول منهما الا أنه يبول من أحدهما أكثر ففيه وجهان :

(أحدهما) يعتبر بالاكثر لأنه أقوى فى الدلالة .

(والثانى) لا يعتبر به ، ولأن اعتبار ذلك يشق . وحكى أن أبا حنيفة سئل عن الخنثى المشكل فقال : يحكم بالمبال ؛ وقال أبو يوسف : ان كان يبول بهما . قال: لا أدرى قال أبو يوسف: لكنى أرى أن يحكم بأسبقهما بولا . قال أبو حنيفة أرايت لو استويا فى الخروج ؟ فقال أبو يوسف بأكثرهما ، فقال أبو حنيفه بكل أو بوزن ؟ فسكت أبو يوسف .

وقال ابن المنذر : أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم على أن الخنثى يورّث من حيث يبول .

وممن روى عنه ذلك على ومعاوية وسعيد بن المسيب وجابر بن زيد وأهل الكوفة وسائر أهل العلم .

وقال ابن قدامة فى المغنى : قال ابن اللبان : روى الكلبى عن أبى صالح عن ابن عباس «أن النبى صلى الله عليه وسلم سئل عن مولود له قُبُل وذكر من أين يورث ؟ قال من حيث يبول » وروى أنه عليه السلام أتى بخنثى من الانصار فقال «ورثوه من أول ما يبول منه »

قلت : وان لم يكن فيه دلالة من المبال فهل يعتبر فيه نبات اللحية ونهود الثديين وعدد الاضلاع ؟ فيه وجهان

(أحدهما) يعتبر بنبات اللحيه للرجال ونهود الثديين للنساء ، وان استوت أضلاعه من الجانبين فهو امرأة ، وان نقص أحد جانبيه ضلعا فهو رجل ، لأن المرأة لها فى كل جانب سبع عشرة ضلعا ، والرجل من الجانب الايمن سبعة عشر ضلعا ومن الجانب الايسر ستة عشر ضلعا ، لانه يقال ان حواء خلقت من ضلع من جانب آدم الأيسر ، فلذلك نقصت من الجانب الايسر من الرجال ، وراثة عن أبيهم .

ومنهم من قال : لا يعتبر بذلك ، وهو قول أكثر أصحابنا لأن اللحية قد نبتت لبعض النساء ولا تنبت لبعض الرجال ، وروى أن بعض الرجال كان له ثدى يرضع به فى مجلس هرون الرشيد ، وأما اعتبار الأضلاع فإنه يشق ولا يتوصل إلى ذلك إلا بالتشريح الطبي وقد يخفى الضلع فلا يمكن اعتبار ذلك .

إذا ثبت هذا : أو تعذر اعتباره من هـذه الأشياء فإنه يرجع إلى قوله وإلى ماذا يميل طبعه ، فإن قال : أميل إلى جماع النساء فهو رجل ، وإن قال أميل الى جماع الرجال فهو امرأة وليس ذلك عيزاً له وانما هو سؤال له عن ميلان طبعه ، فإن أخبر باحدهما ثم رجع عنه لم يقبل رجوعه لانه اذا أخبر باحدهما تعلقت به أحكام ، وفى قبول قوله فى الرجوع اسقاط لتلك الأحكام فلم يجز . والإنسان وقد خلق الله فيه مركبات من الغدد التى منحها سبحانه خصائص الذكورة وأخرى منحها خصائص الأنوثة ، فبعض هـذه الغدد له افرازات فى الجسم ونشاط فى تشكيل شكل الجسم ؛ فغدد الأنوثة يتضح عملها فى كبر الأرداف ونتوء الثديين وتجرد الوجه من الشعر كاللحية والشارب ، ورخامة الصوت فى لين ونعومة وارتخاء .

أما غدد الذكورة فيتضح عملها فى نبات اللحية والشارب وضمور الأرداف وامتشاق الجسم وثخانة شعر الرجل وخشونته عن شعر المرأة ، وخشونة صوت الرجل واستقامة نبراته وصحة نطقه ، وهذه الغدد يكون مركزها فى بيضى المذاكير عند الرجال ومبائض المرأة القريبة من رحمها ، وقد قرأنا كثيراً من أخبار اللائى يتحولن من الإناث الى الذكران ، والذين يتحولون من الذكران اناثاً ويحدث اشكال فى تغيير هوياتهم وشهادات ميلادهم وشهادات دراساتهم . وسبيل الطب الى تحويل هؤلاء هو دراسة أعضائهم السفلى . وتحديد النشاط الغالب على هذه الغدد فقد تكون مذاكير الرجل مطوية فى عمق يظن أنه فرج ثم يقوم الطبيب بإجراء جراحة يخلص بها مذاكير الرجل الذى كان فى نظر الناس امرأة لاختفاء مذاكيره وانعكاسها الى أسفل ، وقد تكون غدد الأنوثة أقوى بمعنى أن تكون له مبايض امرأة مرتخية فى شكل الانثيين للرجل ولكن تصرفات

هذا الشخص ، وميوله تنبيء عن أنوثة حبيسة حتى اذا أجريت له جراحة لوضع غدده فى مكانها الطبيعى صار امرأة .

أما بعد : فقد وصل الطب الى تحديد حقيقة الخنثى المشكل بالاشعة والتشريح ودراسة الظواهر الخارجية التى تدل على اتجاه الغدد نحو الانوثة أو الذكورة ، فاذا روئى اختفاء الشارب واللحية وبروز الثديين واختفاء المذاكير وتغير الصوت وكبر الارداف عرفنا أنه امرأة واذا عملت للشخص جراحة تخلص من الاشكال وكذلك اذا كان نشاط الغدد عكس ما قررنا كان للجراحة أيضاً دورها فى تحديد نوع الشخص كرجل .

بقى بعد ذلك حكم الفقهاء فى كثير من الصور الشاذة التى يحتمل وقوعها ولا يحيل العقل أو العلم حدوثها .

قال المسعودى : ان قال : أنا رجل فزوج بامرأة فحبلت امرأته وحبل هو تبينا أنه امرأة وان كان نكاحه باطلا وأن ولد المرأة غير لاحق به لأن حمله يدل على الأنوثه قطعاً .

وان قال الخنثى : أنا أشتهى جماع الرجال والنساء أو لا أشتهى واحداً منهما فهو مشكل ، والحكم فى توريث المشكل أنه يعطى ما يتبين أنه له ، وان كان معه ورثه أعطى كل واحد منهم ما يتيقن أنه له وهو أقل حقيه ووقف الباقى حتى يتبين امر الخنثى بأى طريق من الطرق والتى أضبطها وادقها طرق الطب الحديث التى يمتزج فيها علم النفس مع علم وظائف الأعضاء والتشريح ، وان مات ميت وخلف ابنا خنثى مشكلا لا غير اعطى نصيب ماله ، وان كانا خنثيين اعطيا الثلثين ووقف الباقى الى ان يتبين امرهما او يصطلحوا عليه .

وقال ابو حنيفه : يعطى الخنثى المشكل ما يتبين انه له ، ويصرف الباقى الى العصبه ، وخرج ابن اللبان وجهاً آخر وليس بمشهور ، وذهبت طائفه من البصريين الى انه اذا خلف ابنا خنثى مشكلا لا غير اعطى ثلاثه ارباع المال .

واختلفوا فى تنزيل حاله ، فمنهم من قال : يترك حاله لأنه يحتمل ان يكون ذكراً فيكون له جميع المال ، ويحتمل ان يكون انثى فيكون له نصف

المال ، والباقى للعصبه ، فالنصف متيقن له والنصف الاخر يتنازعه هو والعصبه فيكون بينهما .

ومنهم من قال : ينزل لأنه يحتمل أن يكون ذكراً فيكون له جميع المال ، ويحتمل أنه أنثى فيكون له نصف المال فأعطى نصف ميراث ذكر ونصف ميراث أنثى دليلنا أنه يحتمل أن يكون ذكراً ويحتمل أن يكون أنثى فأعطيناه اليقين وهو ميراث الأنثى لأنه متيقن له ولم نورثه مازاد لأنه توريث بالشك ، وعلى أبى حنيفة أنا لا نتيقن استحقاق العصبة للموقوف له فلم يجز ذلك اليوم والله أعلم .

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) وان مات رجل وترك حملا وله وارث غير الحمل نظرت ، فإن كان له سهم مقدر لا ينقص كالزوجة دفع اليها الفرض ، ووقف الباقى إلى أن ينكشف ، وإن لم يكن له سهم مقدر كالابن وقف الجميع لأنه لا يعلم أكثر ما تحمله المرأة ، والدليل عليه أن الشافعى رحمه الله قال : دخلت إلى شيخ باليمن لأسمع منه الحديث فجاءه خمسة كهول فسلموا عليه وقبلوا رأسه ، ثم جاءه خمسة شباب فسلموا عليه وقبلوا رأسه ، ثم جاءه خمسة فتيان فسلموا عليه وقبلوا رأسه ، ثم جاءه خمسة صبيان فسلموا عليه وقبلوا رأسه ، فقلت : من هؤلاء ؟ فقال : أولادى كل خمسة منهم فى بطن ، وفى المهد خمسة أطفال .

وقال ابن المرزبان : أسقطت إمرأة بالانبار كيسا فيه اثنا عشر ولداً كل اثنين متقابلان ، فإذا انفصل الحمل واستهل ورث لما روى سعيد بن المسيب رحمة الله عليه عن أبى هريرة رضى الله عنه أنه قال : إن من السنه أن لا يرث المنفوس ولا يورث حتى يستهل صارخا ، فإن تحرك حركة حى أو عطس ورث ، لأنه عرف حياته فورث كالو استهل ، وإن خرج ميتا لم يرث لانا لانعلم أنه كان وارثا عند موت مورثه ، وان تحرك حركة مذبوح لم يرث لانه لم يعرف حياته ، وان خرج بعضه وفيه حياة ومات قبل خروج الباقى لم يرث لانه لايثبت له حكم الدنيا قبل انفصال جميعه ، ولهذا لا تنقضى به العدة ولا يسقط حق الزوج عن الرجعه قبل انفصال جميعه .

(الشرح) حديث أبي هريرة بلفظه هكذا مرفوع المعنى لقوله : من السنة ، وقد ورد الحديث مرفوع اللفظ فى سنن أبى داود عن أبى هريرة عن النبى صلى الله عليه وسلم قال « إذا استهل المولود ورث .

وعن سعيد بن المسيب عن جابر بن عبد الله والمسور بن مخرمة قالا « قضى رسول الله صلى الله عليه وسلم : لا يرث الصبى حتى يستهل » ذكره أحمد بن حنبل من رواية ابنه عبدالله وأخرجه أيضا الترمذى والنسائى وابن ماجه والبيهقى بلفظ « إذا استهل السقط صلى عليه وورث » وفى إسناده إسماعيل بن مسلم وهو ضعيف

قال الترمذى : وروى مرفوعا والموقوف أصح ، وبه جزم النسائى . وقال الدارقطنى فى العلل : لا يصح رفعه . وحديث أبى هريرة عند أبى داود فى إسناده محمد بن إسحاق وفيه مقال معروف ، وقد روى عن ابن حبان تصحيح الحديث . وقد تقدم فى كتاب الجنائز الكلام على السقط ، وقد اختلف فى الأمر الذى تعلم به حياة المولود فأهل الفرائض قالوا بالصوت أو الحركة ، وهو قول الكرخى . وروى عن على وزفر والشافعى . وروى عن ابن عباس وجابر وشريح والنخعى ومالك وأهل المدينة أنه لا يرث مالم يستهل صارخا .

قال العمرانى فى البيان : ان مات وخلف حملا وارثا نظرت — فإن استهل صارخا — فإنه يرث سواء كان فيه روح حال الموت مورثه أو كان يومئذ نطفة لما روى أبو الزبير عن جابر أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : اذا استهل الصبى ورث وصلى عليه .

وقال الشيخ أبو حامد : ولا خلاف فى هذا ، وان خرج ولم يستهل ولكن علمت حياته بحركة أو غير ذلك ، ثم مات فإنه يرث عندنا ، وبه قال أبو حنيفة . وقال مالك : لا يرث .

دليلنا : أن كل من تحققت حياته بعد انفصاله وجب أن يرث كما لو خرج واستهل صارخا ، ولأن النبى صلى الله عليه وسلم انما نص على الاستهلال لأن ذلك يعلم به الحياة ، فكل ما علمت به الحياة كالحركة والبكاء قام مقامه ، وان خرج ميتا لم يرث ، لأنا لانعلم أنه نفخ فيه الروح وصار من أهل الميراث أو لم ينفخ

وإن انفصل ميتاً وتحرك بعد الانفصال حركة لا تدل على الحياة لم يرث ، لأن بهذه الحركة لم يعلم حياته لأن المذبوح قد يتحرك ، واللحم قد يختلج ولا روح فيه وإن خرج بعضه فصرخ ثم مات قبل أن ينفصل لم يرث لأنه ما لم ينفصل جميعه لا تثبت له أحكام الدنيا .

إذا ثبت هذا فما حكم مال الميت قبل انفصال الحمل ؟ ينظر فيه ، فإن كان مع الحمل وارث له فرض لا ينقص الحمل عنه كالزوج والزوجة والأم والجدة أعطى صاحب الفرض فرضه ووقف الباقى من ماله . وإن كان الوارث معه ممن لا سهم له مقـدر كالإبن والإبنة ، فاختلف أصحابنا فيه ، فذهب المسعودى وابن اللبان وغيرهما إلى أنه يدفع إلى الابن الموجود خمس المال ويوقف الباقى

وحكى الشيخ أبو حامد أن هـذا مذهب أبى حنيفة لأن أكثر ما تلد المرأة فى بطن أربعة . وقال الشيخان أبو حامد الاسفرايينى وأبو إسحاق المروزى : لا يعطى الابن الموجود شيئا من المال بل يوقف جميعه

وحكى المسعودى أن هذا مذهب أبى حنيفة . وقال محمد بن الحسن : يدفع اليه ثلث المـال لأن أكثر ما تلده المرأة إثنان . وقال أبو يوسف : يدفع اليه نصف لأن الظاهر أنها لا تلد أكثر من واحد .

فإذا قلنا إنه يوقف جميع المـال فوجهه أنه لا يعلم أكثر ما تحمله المرأة ، وحكى عن الشـافعى رضى الله عنه أنه قال : قدمت اليمن عند شيخ بها أسمع عليه الحديث . قال ابن بطال : هـذا الشيخ من بادية صنعاء من قرية تسمى خيرة . قال الشافعى : فبينما هو جالس على بابه إذ جاء خمسة كهول إلى آخر ما قال ووجه سوق القصة أن بعض النساء يمكن أن تلد خمسة توائم ؛ وقد طالعتنا الأنباء منذ حين قريب بامرأة ولدت ستة توائم

وحكى ابن المرزبان أنه قال : أسقطت امرأة عندنا بالأنبار كيساً به اثناعشر ولداً كل اثنين متحاذيان ، فعلم أنه ليس لمـا تلده المرأة حد ، واستطراداً على مناسبة الكيس فإن ولدينا الأنور وعبد الناصر قد رزقنى الله بهما توأمين ، وكان الأنور فى كيس رائق شفاف فتبارك الله أحسن الخالقين

(فرع) ميت مات فقالت امرأة حامل : إن ولدت أنثى لم ترث منه ، وإن ولدت ذكراً ورث منه ، وان ولدت ذكراً وأنثى ورث الذكر دون الأنثى فهذه امرأة أخ الميت أو امرأة ابن أخيه أو امرأة عمه أو امرأة ابن عمه .

وان قالت : ان ولدت أنثى ورثت وان والدت ذكراً لم يرث وإن ولدت ذكرا وأنثى لم يرثا ، فهذه امرأة ماتت وخلفت زوجاً وبنتاً وأبوين وزوجة ابنها حاملا من ابنها ، وان ولدت ذكراً وأنثى لم يرثا

وان قالت امرأة حامل : ان ولدت ذكراً ورث وان والدت أنثى لم ترث ، وان ولدت ذكراً وأنثى ورثا ، فهذا ميت مات وخلف ابنين وزوجة ابن حاملا منه ، أو ميت مات وخلف أختين لأب وأم وزوجة أب حاملا منه

ولو قالت الحامل : ان والدت ذكراً ورث وورثت منه ، وان والدت ذكراً وأنثى ورثا وورثت معهما ، وان ولدت ابناً لم يرث ولم أرث ، فهذا رجل مات وخلف ابنتين وابنة ابن حاملا من ابن ابن آخر قد مات

ولو قالت الحامل : ان والدت أنثى ورثت وورثت معها ، وان والدت ذكراً أو ذكراً وأنثى لم يرث واحد منا ، فهذه امرأة ماتت وخلفت ابنة وأبوين وزوجا وهذه الحامل ابنة ابن ابن هذه الميتة من ابن ابن لها آخر ، أفاده العمراني

(فرع) ان مات رجل وخلف أخا وامرأة حاملا فولدت ابنا وبنتاً فاستهلا ثم مات احدهما ثم ماتت المرأة بعده ثم مات الولد الآخر ولم يعلم أيهما مات قبل الأم ، قال ابن اللبان : وقد قيل القياس لايرث الولدان أمهما ، ولا يرثهما لأنه لا يعلم على الانفراد أيهما مات قبلها كالغرقى ، فيكون ثمن المرأة لعصبتها والسبعة الأثمان التي للولدين للأخ بميراثه منهما

وقيل بل ينزل فيقال : ان الذى مات قبل المرأة وهي البنت ، والمال كله للأخ وان كان الذى مات قبل المرأة هو الابن ورثت المرأة منه ثلث سهامه وهو أربعة أسهم وثلثا سهم من أربعة وعشرين . وورثت الاخت نصفها والعم سدسها ، فلما ماتت المرأة كان ما بيدها وهو سبعة أسهم وثلثا سهم بين ابنتها وعصبتها نصفين ، فيصح لعصبتها ثلاثة أسهم وخمسة أسداس سهم ؛ فلما ماتت البنت صار ما في يدها للعم ، فاجتمع للعم بميراثه من الابن والبنت عشرون سهما وسدس

سهم ، وهذا نصيب الأخ بيقين والباقي من المال وهو ثلاثة أسهم وخمسة أسداس سهم لعصبة المرأة ، فيوقف ذلك حتى يصطلحا عليه ، فتضرب الفريضة وهي أربعة وعشرون في مخرج السدس وهو ستة ، فذلك مائة وأربعة وأربعون . والله تعالى أعلم بالصواب .

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) وإن مات رجل ولم تكن له عصبة ورثه المولى المعتق كما ترثه العصبة على ما ذكرناه في باب الولاء . فإن لم يكن له وارث نظرت ، فإن كان كافراً صار ماله لمصالح المسلمين ، وإن كان مسلماً صار ماله ميراثاً للمسلمين ، لأنهم يعقلونه إذا قتل ، فانتقل ماله اليهم بالموت ميراثاً كالعصبة ، فإن كان للمسلمين إمام عادل سلم اليه ليضعه في بيت المال لمصالح المسلمين ، وإن لم يكن إمام عادل ففيه وجهان :

(أحدهما) أنه يرد على أهل الفرض على قدر فروضهم إلا على الزوجين ، فإن لم يكن أهل الفرض قسم على ذوي الأرحام على مذهب أهل التنزيل ، فيقام كل واحد منهم مقام من يدلي به ، فيجعل ولد البنات والأخوات بمنزلة أمهاتهم ، وبنات الاخوة والأعمام بمنزلة آبائهم ، وأبو الأم والخال بمنزلة الأم ، والعمة والعم من الأم بمنزلة الأب ، لأن الامة أجمعت على الارث بإحدى الجهتين ، فإذا عدمت إحداهما تعينت الاخرى .

(والثاني) وهو المذهب : أنه لا يرد على أهل السهام ، ولا يقسم المال على ذوي الارحام ، لأنا دللنا أنه للمسلمين ، والمسلمون لم يعدموا ؛ وإنما عدم من يقبض لهم فلم يسقط حقهم ، كما لو كان الميراث لصبي وليس له ولي ، فعلى هذا يصرفه من في يده المال الى المصالح

(الشرح) الاحكام : إن مات ميت وخلف من الورثة من له فرض لا يستغرق جميع ماله كالام والابنة والاخت ، فان صاحب الفرض يأخذ فرضه وما بقي عن فرضه يكون لعصبته إن كان له عصبة ، وان لم يكن له عصبة كان

للمولى إن كان له مولى ، وإن لم يكن له مولى كان الباقى لبيت المال ، فيصرف الى الامام ليصرفه فى مصـــالح المسلمين . وبه قال زيد بن ثابت والزهرى والاوزاعى ومالك

وذهب على بن أبى طالب كرم الله وجهه الى أنه يرد ذلك إلى ذوى الفروض إلا على الزوجين فانه لا يرد عليهما ، فان لم يكن له أحد من أهل الفروض صرف ذلك الى ذوى الارحام ، فيقام كل واحد من ذوى الارحام مقام من يدلى به ، وبه قال الثورى وأبو حنيفة وأصحابه ، واختاره بعض أصحابنا اذا لم يكن هنـاك امام عادل ، لما روى أن النبى صلى الله عليه وسلم أقر أن تحوز المرأة ثلاثة مواريث عتيقها ولقيطها وابنها الذى لاعنت به ، فأخبر أنها تحوز ميراث ابنها الذى لاعنت عليه ، وهذا نص

ودليلنا قوله تعالى « يستفتونك قل الله يفتيكم فى الكلالة ان امرؤ هلك ليس له ولد وله أخت فلها نصف ما ترك » ولم يفرق بين أن يكون هناك وارث غيرها أو لم يكن . فمن قال ان لها جميع المال فقد خالف ظاهر القرآن : وكذلك جعل للإبنتين الثلثين ولم يفرق ، ولان كل من استحق من فريضة سهما مقدرا لم يرث شيئاً آخر الا بتعصيب كالزوج والزوجة

فعلى هذا ان كان هناك امام عادل يسلم المال اليه ، وان لم يكن هناك امام عادل صرفه من هو بيده الى مصالح المسلمين ، والله أعلم

قال المصنف رحمه الله تعالى :

باب الجد والاخوة

إذا اجتمع الجد أو أبو الجد وإن علا مع ولد الأب والام أو ولد الاب ، ولم تنقصه المقاسمة من الثلث ، قاسمهم وعصب إناثهم ، وقال المزني : يسقطهم ، ووجهه أن له ولادة وتعصيباً بالرحم ، فأسقط ولد الأب والأم كالاب ، وهذا خطأ لأن ولد الأب يدلي بالأب فلم يسقطه الجد كأم الاب ، ويخالف الاب ، فإن الاخ يدلي به ، ومن أدلى بعصبة لم يرث معه كابن الاخ مع الاخ ، وأم الاب مع الاب ، والجد والاخ يدليان بالاب فلم يسقط أحدهما الاخر ، كالاخوين من الأب وأم الأب مع الجد ، ولان الاب يحجب الام من الثلث إلى ثلث الباقي مع الزوجين ، والجد لا يحجبها .

(فصل) وإن اجتمع مع الجد ولد الاب والام وولد الاب عادّ ولد الاب والام الجد بولد الاب ، لان من حجب بولد الاب والام وولد الاب إذا انفرد حجب بهما إذا اجتمعا كالام ، فان كان له جد وأخ من أب وأم : وأخ من أب ، قسم المال على ثلاثة أسهم ، للجد سهم ، ولكل واحد من الاخوين سهم ، ثم يرد الأخ من الأب سهمه على الأخ من الاب والام ، لانه لا يرث معه فلم يشاركه فيما حجبا عنه ، كما لا يشارك الأخ من الأب ، الأخ من الاب والام فيما حجبا عنه الام ، وتعرف هذه المسئلة بالمعادّة لان الاخ من الاب والام عادّ الجد بالاخ من الاب ، ثم أخذ منه ما حصل له ، وان اجتمع مع الجد أخ من الاب وأخت من الاب والام قسم المال على خمسة أسهم ، للجد سهمان وللأخ سهمان وللأخت سهم ، ثم يرد الاخ على الاخت تمام النصف وهو سهم ونصف ، ويأخذ مابقي وهو نصف سهم ، لان الاخ من الاب إنما يرث مع الاخت من الاب والام ما يبقى بعد استكمال الأخت النصف ، وتصح من عشرة وتسمى عشرية زيد رضى الله عنه ، وإن اجتمع مع أختين من الاب وأختين من الاب والام قسم المال بينهم على ستة أسهم ؛ للجد سهمان ؛ ولكل أخت سهم ، ثم ترد الاختان

من الأب جميع ما حصل لهما على الأختين من الأب والأم ، لأنهما لا يرثان قبل أن تستكمل الأختان من الأب والأم الثلثين .

(الشرح) الجد أبو الأب وان علا وارث بلا خلاف بين أهل العلم ، وروى عن عمر رضى الله عنه أنه سأل الصحابة هل تعلمون أن رسول الله صلى الله عليه وسلم فعل فى الجد شيئاً ؟ فقال معقل بن يسار المزنى : نعم شهدت أن رسول الله صلى الله عليه وسلم ورثه السدس فقال له عمر : مع من ؟ قال : لا أدرى فقال : لا دريت إذن ، رواه أبو القاسم بن منده .

فإن اجتمع الجد مع الإخوة أو الأخوات الأم أسقطهم بالإجماع ، وقد مضى بيان ذلك ، وان اجتمع مع الإخوة والأخوات للأب والام أو للأب فقد كانت الصحابة رضوان الله عليهم يتحرجون من الكلام فيه لما روى سعيد بن المسيب أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : أجرؤكم على الجد أجرؤكم على النار ، وروى عن على رضى الله عنه أنه قال : من أراد أن يقتحم جراثيم جهنم فليقض بين الجد والإخوة ، وروى عن ابن مسعود أنه قال : سلونا عن كل شيء ودعونا من الجد لا حياه الله ولا بياه .

إذا ثبت هذا : فقد اختلف الناس فى الجد إذا اجتمع مع الإخوة والاخوات للأب والأم أو للأب : فذهب الشافعى رضى الله عنه إلى أن الجد لا يسقطهم ، وروى ذلك عن عمر وعثمان وعلى وابن مسعود وزيد بن ثابت ، وبه قال مالك والأوزاعى وأبو يوسف ومحمد وأحمد بن حنبل ، وذهبت طائفة إلى أن الجد يسقطهم ، وروى ذلك عن أبى بكر وابن عباس وعائشة وأبى الدرداء ، وبه قال أبو حنيفة وعثمان البتى وابن جرير الطبرى وداود وإسحاق ، واختاره المزنى . قال المسعودى : واليه ذهب ابن سريج .

دليلنا قوله تعالى : للرجال نصيب مما ترك الوالدان والأقربون وللنساء نصيب مما ترك الوالدان والأقربون ، فجعل للرجال والنساء الأقارب نصيبا ، والإخوة والأخوات للأب إذا اجتمعوا مع الجد وهم من الأقارب ، فمن قال : لا نصيب لهم فقد ترك ظاهر القرآن ، وأن الاخ تعصيب أخيه فلم يسقطه الجد

كالابن ، لان الاخت تأخـذ النصف بالفرض فلم يسقطها الجد كالبنت ، ولان الجد والاخ على منزلة واحدة من الميت لان الجد أبو أبيه والاخ ابن أبيه ، والجد له تعصيب ورحم ، والاخ له تعصيب من غير رحم فلم يسقطه الجد كالابن والبنت إذا اجتمعا .

إذا ثبت هذا : فإن الجد كالاب فى عامة أحكامه ، فيرث بالتعصيب إذا انفرد كالاب ويرث بالفرض مع الابن وابن الابن ويرث بالفرض والتعصيب مع البنت وبنت الابن إلا أن الجد يخالف الاب فى أربع مسائل :

منها أن الاب يحجب الاخوة للأب والام ، أو للأب ، والجد لا يحجبهم .

والثانية والثالثة : أن الاب يحجب الام عن كمال الثلث إلى ثلث ما يبقى فى زوج وأبوين أو زوجه وأبوين فإن الجد لا يحجبها ، بل يكون لها ثلث جميع المال مع الجد فيها . الرابعة : أن الاب يحجب أم نفسه ، والجد لا يحجب أم الاب ؛ لانها تساويه فى الدرجة إلى الميت ، وتدلى بالاب فلم ترث معه .

(فرع) إذا اجتمع الجد والاخوة أو الاخوات للأب والام أو للأب وليس معهم من له فرض فللجد الاحظ من المقاسمة ، أو ثلث جميع المال ، فإن كان معه أخ واحد فالاحظ له ههنا المقاسمه ، لانه يأخذ نصف المال ، وان كان معه أخوان استوت له المقاسمة والثلث ، وان كان معه ثلاثة اخوة فما زاد فالاحظ له ههنا أن يفرد بثلث جميع المـال ، هذا مذهبنا ، وبه قال زيد بن ثابت وابن مسعود . وروى عن على رضى الله عنه روايتان .

احداهما : وهى المشهورة أن له الاحظ من المقاسمة أو سدس جميع المال ، فإذا كان معه اربعة اخوة فالمقاسمة احظ له ، وان كانوا خمسة استوت المقـاسمة والسدس ؛ وان كانوا ستة فالسدس احظ له .

والثانية : ان له الاحظ من المقاسمة او سبع جميع المال ، وروى عن عمران ابن الحصين وابى موسى الاشعرى انهما قالا : له الاحظ من المقاسمة او نصف سدس جميع المال ؛ فإذا كان معه عشرة اخوة فالمقاسمة خير له ، وان كانوا أحد عشر استوت المقاسمة ونصف السدس ،

ودليلنا عليهم : أن البنين أقوى حالا من الاخوة ، بدليل أن الاخوة يسقطون بالبنين ثم ثبت أن البنين لا يسقطون . وأما الدليل على ما قلناه فلأن حجب الاخوة للجد لا يقع بواحد ، وينحصر بعدد ، فوجب أن يكون غاية ذلك اثنين قياسا على حجب الاخوة للام عن الثلث ، وحجب البنات لبنات الابن ، وحجب الاخوات للاب والام للاخوات للاب .

وأما إذا اجتمع مع الجد الاخوات للاب والام أو للاب منفرداً فمذهبنا أن حكمهن حكم الاخوة مع الجد فيقاسمهن ويكون المال بينه وبينهن للذكر مثل حظ الانثيين مالم تنقصه المقاسمة عن الثلث ، فإذا نقصته عن الثلث أفرد بثلث جميع المال ، وبه قال زيد بن ثابت .

وقال علي بن أبي طالب وابن مسعود : يفرض للاخوات فرضهن ؛ ويكون الباقي للجد ، ودليلنا أنها فريضة جمعت أبا أب وولد أب فوجب أن لا يأخذ ولد الاب بالفرض كما لو كان مع الجد إخوة واخوات لاب وام او للاب ، فإن الجد يقاسمهم للذكر مثل حظ الانثيين مالم تنقصه المقاسمة عن الثلث ، فإذا انقصته عن ذلك فرض له الثلث كما ذكرنا والله اعلم .

قال المصنف رحمه الله :

(فصل) وإن كانت المقاسمة تنقص الجد من الثلث بأن زاد الاخوة على اثنين والاخوات على اربع فرض للجد الثلث وقسم الباقي بين الاخوة والاخوات لأنا قد دللنا على انه يقاسم الواحد ؛ ولا خلاف انهم لا يقاسمونه ابداً فكان التقدير بالاثنين اشبه بالأصول ، فإن الحجب إذا اختلف فيه الواحد والجماعة وجب التقدير فيه بالاثنين كحجب الام من الثلث ، وحجب البنات لبنات الابن وحجب الاخوات للاب والام للأخوات للأب ، ولا يعادّ ولد الاب والام الجد بولد الاب فى هذا الفصل ، لان المعادّة تحجب الجد ولا سبيل الى حجبه عن الثلث .

(فصل) وان اجتمع مع الجد والاخوة من له فرض اخذ صاحب الفرض فرضه وجعل للجد أوفر الامرين من المقاسمة او ثلث الباقي مالم ينقص عن سدس

جميع المال لأن الفرض كالمستحق من المال فيصير الباقي كأنه جميع المـال ، وقد بينا أن حكمه في جميع المال أن يجعل له أوفر الأمرين من المقاسمة أو ثلث المـال فكذلك فيما بقي بعد الفرض ، فإن نقصته المقاسمة أو ثلث الباقي عن السـدس فرض له السدس لأن ولد الأب والام ليس بأكثر من ولد الصلب ، ولو اجتمع الجد مع ولد الصلب لم ينقص حقه من السـدس ، فلأن لا ينقص مع ولد الاب والأم أولى .

وإن مات رجل وخلف بنتاً وجداً وأختاً فللبنت النصف والباقي بين الجـد والأخت ، للذكر مثل حظ الانثيين ، وهي من مربعات عبد الله بن مسعود رضي الله عنه ، فإنه قال : للبنت النصف والباقي بين الجـد والاخت نصفان ، وتصح من أربعة ، وإن ماتت امرأة وخلفت زوجا وأماً وجداً فللزوج النصف وللأم الثلث والباقي للجد وهو السدس ، وهي من مربعات عبد الله رضي الله عنه لأنه روى عنه أنه قال : للزوج النصف والباقي بين الجد والام نصفان . وتصح من أربعة . وهذا خطأ . لأن الجد أبعد من الأم فلم يجز أن يحجبها كجد الاب مع أم الأب .

وإن مات رجل وخلف زوجة وأماً وأخاً وجداً فللزوجة الربع وللأم الثلث والباقي بين الجد والاخ نصفان ، وتصح من أربعة وعشرين ، للزوجة ستة أسهم وللأم ثمانية والباقي بين الجد والاخ لكل واحد منهما خمسه ، وهي من مربعات عبد الله بن مسعود رضي الله عنه ، فانه روى عنه أنه جعل للزوجة الربع وللام ثلث مابقي والباقي بين الجد والاخ نصفان وتصح من أربعة ، للزوجة سهم وللام سهم وللاخ سهم وللجد سهم

وإن مات رجل وخلف امرأة وجداً وأختا ، فللمرأة الربع والباقي بين الجد والاخت للذكر مثل حظ الانثيين وتعرف بالمربعة ، لان مذهب زيد ما ذكرناه ومذهب أبي بكر وابن عباس رضي الله عنهما : للمرأة الربع ، والباقي للجـــد . ومذهب علي وعبد الله رضي عنهما : للمرأة الربع وللاخت النصف والباقي للجد واختلفوا فيها على ثلاثة مذاهب واتفقوا على القسمة من أربعة . وإن مات رجل وخلف أماً وأختا وجدا ، فللام الثلث ، والباقي بين الجد والاخت للذكر مثل

حظ الانثيين ، وتسمى الخرقاء لكثرة اختلاف الصحابة فيها ، فان زيدا ذهب الى ماقلناه وذهب أبو بكر وابن عباس رضى الله عنهما الى أن للام الثلث والباقى للجد . وذهب عمر الى أن للاخت النصف وللام ثلث الباقى وهو السدس والباقى للجد . وذهب عثمان رضى الله عنه الى أن للام الثلث والباقى بين الجد والاخت نصفان وتصح من ثلاثة . وذهب على عليه السلام الى أن للاخت النصف وللام الثلث والباقى للجد . وعن ابن مسعود روايتان : إحداهما مثل قول عمر رضى الله عنه ، والثانية للاخت النصف والباقى بين الام والجد نصفان ، وتصح من أربعه وتعرف بمثلثة عثمان ومربعة عبد الله رضى الله عن الجميع

(فصــل) ولا يفرض للاخت مع الجد الا فى مسئلة واحدة وهى : اذا ماتت امرأة وخلفت زوجا وأما وأختا وجـدا ، فللزوج النصف وللام الثلث وللاخت النصف وللجد السدس . وأصلها من ستة وتعول الى تسعه ؛ ويجمع نصف الاخت وسدس الجد فيقسم بينهما للذكر مثل حظ الانثيين ، وتصح من سبعة وعشرين ، للزوج تسعة وللام ستة وللجد ثمانية وللاخت أربعة ، لانه لا بد من أن يعطى الزوج النصف لانه ليس ههنا من يحجبه ، ولا بد من أن تعطى الام الثلث لانه ليس ههنا من يحجبها ، ولا بد من أن يعطى الجد السـدس لان أقل حقه السدس ، ولا يمكن اسقاط الاخت لانه ليس ههنا من يسقطها ولا يمكن أن تعطى النصف كاملا ، لانه لا يمكن تفضيلها على الجد ، فوجب أن يقسم مالهما بينهما للذكر مثل حظ الانثيين ، وتعرف هذه المسئلة بالاكدرية لان عبد الملك بن مروان سأل عنها رجلا اسمه الاكدر فنسبت اليه

وقيل سميت أكدرية لانها كدرت على زيد أصله لانه لا يعيل مسائل الجد وقد أعال ولا يفرض للاخت مع الجد وقد فرض ، فان كان مكان الاخت فى الاكدرية أخ لم يرث لان للزوج النصف وللام الثلث وللجد السدس ، ولا يجوز أن يشارك الجد فى السـدس لان الجد يأخذ السدس بالفرض ؛ والاخ لا يرث بالفرض وانما يرث بالتعصيب ولم يبق ما يرثه بالتعصيب فسقط . وبالله التوفيق .

(الشرح) الأحكام : إذا اجتمع مع الجد والإخوة من له فرض وهم ستة : البنت وبنت الإبن والزوج والزوجة والأم والجدة فان صاحب الفرض يعطى فرضه ويكون للجد أوفى ثلاثة أشياء : المقاسمة . أو ثلث ما يبقى أو سدس جميع المال ، وإن كان الفرض أقل من نصف جميع المال فثلث مايبقى خير له من السدس فيكون له الأحظ من المقاسمة أو ثلث ما يبقى ، وإن كان الفرض النصف فثلث ما يبقى والسدس واحد ، وإن كان الفرض أكثر من النصف فالسدس أكثر من ثلث ما يبقى فيكون للجد الأحظ من المقاسمة أو السدس

إذا ثبت هذا فات الرجل وخلف بنتاً وأختا لأب وأم وجداً فللبنت النصف والباقى بين الجد والاخت للذكر مثل حظ الأنثيين . والمقاسمة ههنا خير للجد هذا مذهبنا ، وبه قال زيد بن ثابت

وقال على بن أبى طالب : للبنت النصف وللجد السدس والباقى للأخت دليلنا : أنه فريضة جمعت أبا أب وولد أب فاشتركا فى الفاضل من فرض ذوى السهام ، كما لو كان بدل الأخت أخا مع البنت والجد

(فرع) زوج وجد وأم فالتركة من ستة : للزوج ثلاثة وللام الثلث سهمان وللجد سهم . وبه قال زيد بن ثابت . فان كان بدل الزوج زوجة كان لها الربع وللام الثلث والباقى للجد . وروى عن عمر روايتان (إحداهما) أن للزوج النصف وللام ثلث مابقى والباقى للجد (والثانية) للزوج النصف وللام السدس والباقى للجد . ويفيد اختلاف الروايتين إذا كان مكان الزوج زوجة ، فعلى إحدى الروايتين يكون للزوجة الربع وللام الثلث مما بقى للجد

وروى عن ابن مسعود ثلاث روايات ، روايتان كروايتى عمر ، والثالثة للزوج النصف والباقى بين الجد والأم ، فيكون على هذه الرواية من مربعات ابن مسعود . وإن مات رجل وخلف زوجة وأماً وأخا وجداً كان أصلها من إثنى عشر : للزوجة ثلاثة وللام أربعة وللاخ والجد ما بقى وهى خمسة . وتصح من أربعة وعشرين وهى من مربعات ابن مسعود فانه قال : للزوجة الربع وللام ثلث ما بقى وللاخ سهمان

وإن خلف رجل زوجه وأختا وجدا كان للزوجة الربع سهم من أربعة

والباقى بين الجد والأخت للذكر مثل حظ الأنثيين ، ويصح من أربعه ، وبه قال زيد بن ثابت .

وقال أبو بكر وابن عباس : للزوجه الربع والباقى للجد . وقال عمر وابن مسعود : للزوجه الربع سهم من أربعه وللاخت النصف سهمان وللجد ما بقى وهو سهم ، وتعرف هذه المسألة بالمربعه ، فانهم اختلفوا فى قدر مايرث كل واحد من الجد والاخت ، واتفقوا على أن أصلها من أربعه

(فرع) وإن مات رجل وخلف أماً وأختا وجداً فهذه تسمى الخرقاء لتخرق أقاويل الصحابه فيها . قال ابن بطال « لعلها مأخوذة من الخرق ، وهى الأرض الواسعه ، وأن فيها سبعة أقاويل فأبو بكر وابن عباس وعائشه وهم من قالوا إن الجد مسقط للإخوة ، فللام الثلث والباقى للجد ويسقط الاخت . وعن عمر فيها روايتان (إحداهما) للاخت النصف وللام السدس والباقى للجد (والثانيه) أن للاخت النصف وللام ثلث ما يبقى والباقى بين الجد والاخت نصفا . وعن ابن مسعود فيها ثلاث روايات ، روايتان مثل روايتى عمر والثالثه للاخت النصف والباقى بين الجد والام نصفان ، فيكون على هذه الرواية من مربعته . وعن عثمان يقسم المال كله على ثلاثة للأم سهم وللاخت سهم وللجد سهم . وقال على للام الثلث وللاخت النصف وللجد السدس . وقال زيد بن ثابت للام الثلث والباقى بين الجد والاخت للذكر مثل حظ الانثيين . وتصح من تسعه ، وبه قال الشافعى وأصحابه

(فرع) قال الشافعى رضى الله عنه ، وليس يقال لاحد من الاخوة والاخوات مع الجد الا فى الاكدريه ، وهو زوج وأم وأخت لاب وأم أو لاب وجد ، وقد اختلف الصحابه رضى الله عنهم فيها ، فذهب أبو بكر وابن عباس أن للزوج النصف وللام الثلث والباقى للجد ، وتسقط الاخت

وقال عمر وابن مسعود للزوج النصف وللاخت النصف وللجد السدس فيعول الى تسعه ، فتأخذ الاخت ثلاثه . وقال زيد بن ثابت تعول الى تسعه كما قال على ، ولكن يجمع الثلاثه التى للاخت والسهم الذى للجد فتصير أربعه ، فيقسمان للذكر مثل حظ الانثيين . وتصح من سبعه وعشرين للزوج وللام سته وللجد

ثمانية وللاخت أربعة ، وبهذا قال الشافعي وأصحابه ، وإنما كان كذلك لأنه ليس ههنا من يحجب الزوج عن النصف ولا من يحجب الأم عن الثلث ، ولا يمكن أن ينتقص الجد عن السدس لأن الابن لا يسقط عنه فهؤلاء أولى ، وقد استكملت الفريضه ولا سبيل إلى إسقاط الأخت لأنه ليس ههنا من يسقطها ففرض لها النصف ، ولا يمكن أن يأخذ جميعه لأنه لا يجوز تفضيلها على الجد فوجب أن يجتمع نصيبها ويقسماه للذكر مثل حظ الانثيين ، كما قلنا فى غير هذا الموضع .
واختلف الناس لأى معنى سميت أكدرية ، فروى عن الأعمش أنه قال إنما سميت أكدرية لان عبد الملك بن مروان سأل عنها رجلا يقال له أكدر فذكر له اختلاف الصحابة فيها فنسبت اليه . وقيل سميت أكدرية لانها كدرت على زيد أصله ، لأنه لا يفرض للاخوات مع الجد وقد فرض لها ههنا ، ولا يعيل مسائل الجد وقد أعال ههنا .

وقال ابن بطال يقال إنه اسم المرأة فى المسألة فنسبت اليها . وإن كان بدل الاخت أخا فإن للزوج النصف وللام الثلث وللجد السدس ، ويسقط الاخ لأن الاخ له تعصيب محض ولا يمكن أن يفرض له . ولم يبق فى الفريضه شيء فسقط وإن كان هناك زوج وأم وأختان وجد فليست بأكدرية ، بل للزوج النصف وللام السدس والباقى بين الجد والاختين للذكر مثل حظ الانثيين ، فيصح من إثنى عشر ، فإن كان هناك زوج وأم وبنت وأخت وجد كان أصلها من إثنى عشر للزوج ثلاثة وللبنت ستة ، وللأم سهمان وللجد سهمان ولا شيء للاخت لأن المسألة قدعالت ولا يفرض لهالانها انماتأخذ مع البنت بالتعصيب ولا تعصيب ههنا

(مسألة) قال الشافعي رضى الله عنه والإخوة للاب والام معادون الجد بالاخوة والاخوات للاب . وجملة ذلك أنه اذا اجتمع جد وأخ لاب وأم وأخ لاب فان الاخ للاب والام يعادّ الجد بالاخ للاب فيقسم المال بينهم على ثلاثة لكل واحد سهم ثم يرجع الاخ للاب والام فيأخذ سهم الذى بيد الاخ للاب ، وبه قال زيد بن ثابت ومالك بن أنس .

وذهب على وابن مسعود الى أن الاخ للاب يسقط ويكون المال بين الجد والاخ للاب والام نصفين

دليلنا أن الجد اذا حجب بأخوين وارثين جاز أن يحجب بأخوين أحدهما وارث والآخر غير وارث ، كالام تحجب بالاخوين أحدهما لاب والآخر لاب وأم ، فإن كان هناك أخ لاب وأم وأخت لاب وجد عادّ الاخ للاب والام الجد بالاخت الاب فيقسم المال على خمسة ، للجد سهمان وللاخ للاب والام سهمان وللاخت سهم ، ثم يرجع الاخ فيأخذ سهم الاخت ، وان كان هناك أخوات لاب وأم وأخ لاب وجد ولا حاجة ههنا الى المعادّة لان الجد لايجوز أن ينقص عن الثلث .

(فرع) وان اجتمع أخت لاب وأم وأخت لاب وجد كان المال بينهم على أربعة أسهم ، للجد سهمان ولكل أخت سهم ثم تأخذ الاخت للاب والام السهم الذى بيد الاخت الاب وقد حصل معها نصف المال ، وان كان هناك أخت لام وأب وأخ لاب وجد كان المال بينهم على خمسة، للجد سهمان وللاخت سهم والاخ سهمان ثم تأخذ الاخت من الاخ تمام النصف وهو سهم ونصف ؛ لانه لا يجوز أن ترث أكثر من نصف المال . فيضرب الخمسة فى اثنين فتصبح من عشرة للجد اثنان فى اثنين فذلك أربعة وللاخت سهمان ونصف فى اثنين فذلك خمسة والاخ النصف فى اثنين فذلك سهم ، وتعرف هـــذه المسألة بعشرية زيد ، لانه يبقى للاختين سهم من عشرة فتضرب فى العشرة اثنين فذلك عشرون ، وتعرف بالعشرينيه . وان اجتمع مع الجد والاخوة للاب والام والاخوة للاب من له فرض كان الحكم فيه حكم ما لو كان للجد والاخوة للاب والام من له فرض فى أن يجعل للجد الاوفر من المقاسمه بعد الفرض أو ثلث مايبقى أو سدس جيع المال ويعادّ الاخوة للاب والام الجد بالاخوة للاب على ما ذكرنا . والله تعالى أعلم بالصواب وهو حسبنا ونعم الوكيل

قال المصنف رحمه الله :

كتاب النكاح

النكاح جائز لقوله تعالى « فانكحوا ما طاب لكم من النساء مثنى وثلاث ورباع » ولما روى علقمة عن عبد الله رضى الله عنهما قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « يا معشر الشباب من استطاع منكم الباءة فليتزوج ، فانه أغض للبصر وأحصن للفرج ، ومن لم يستطع فعليه بالصوم فإنه له وجاء » .

(الشرح) قوله تعالى : فانكحوا ما طاب لكم مرتبط بأول الآية « وإن خفتم ألا تقسطوا فى اليتامى فانكحوا ما طاب لكم من النساء مثنى وثلاث ورباع ، فإن خفتم ألا تعدلوا فواحدة أو ما ملكت أيمانكم ذلك أدنى ألا تعولوا » .

قال الشافعى رضى الله عنه : أن لا يكثر عيالكم ، فدل على أن قلة العيال أدنى وقيل : قد قال الشافعى ذلك وخالف جمهور المفسرين وقالوا : معنى الآية : ذلك أدنى أن لا تجوروا ولا تميلوا . فانه يقال : عال الرجل يعول عولا إذا مال وجار ومنه عول الفرائض ، لأن سهامها زادت : ويقال عال يعيل عيلة إذا احتاج . قال تعالى « وإن خفتم عيلة فسوف يغنيكم الله من فضله » .

وقال الشاعر :

وما يدرى الفقير متى غناه   وما يدرى الغنى متى يعيل

قال ابن القيم : وأما كثرة العيال فليس من هذا ولا من هذا — أى لا من الفقر ولا من الجور — قلت : إن ما ذكره الشافعى لغة حكاها الفراء عن الكسائى قال : ومن الصحابة من يقول : عال يعول إذا كثر عياله ، قال الكسائى وهى لغة فصيحة سمعتها من العرب ، على أن قصد المصنف من سوق الآية هو الاستشهاد بها على جواز النكاح ، وسنعود اليه .

أما حديث علقمة عن عبد الله بن مسعود فقد رواه أصحاب الكتب الستة وأحمد فى مسنده ، وقد أخرج أحمد والبخارى ومسلم عن سعد بن أبى وقاص قال

« رد رسول الله صلى الله عليه وسلم على عثمان بن مظعون التبتل ، ولو أذن له لاختصينا » وأخرج أحمد والبخاري ومسلم عن أنس « أن نفراً من أصحاب النبي صلى الله عليه وسلم . قال بعضهم : لا أتزوج ، وقال بعضهم : أصلى ولا أنام ؛ وقال بعضهم : أصوم ولا أفطر فبلغ ذلك النبي صلى الله عليه وسلم فقال : مابال اقوام قالوا كذا وكذا ، لكنى اصوم وافطر ، واصلى وانام ، واتزوج النساء ، فمن رغب عن سنتى فليس منى » وفى مسند احمد وصحيح البخارى عن سعيد بن جبير قال : قال لى ابن عباس : هل تزوجت ، قلت : لا ، قال : تزوج فان خير هذه الأمه اكثرها نساء .

وفى سنن الترمذى وابن ماجه عن قتادة عن الحسن عن سمرة ان النبي صلى الله عليه وسلم « نهى عن التبتل » وقرأ قتادة « ولقد ارسلنا رسلا من قبلك وجعلنا لهم ازواجا وذرية » قال الترمذى : إنه حسن غريب قال : وروى الأشعث بن عبد الملك هذا الحديث عن الحسن عن سعد بن هشام عن عائشة عن النبي (ص) ويقال : كلا الحديثين صحيح .

(قلت) وفى سماع الحسن من سمرة خلاف مشهور مضى فى غير موضع ، وحديث عائشة الذى ذكره الترمذى رواه النسائى ايضاً ، وفى مسند الفردوس عن ابن عمر مرفوعا « حجوا تستغنوا ، وسافروا تصحوا ، وتناكحوا تكثروا فانى اباهى بكم الأمم » وفى إسناده محمد بن الحارث عن محمد بن عبد الرحمن البيلمانى وهما ضعيفان ، ورواه البيهقى عن الشافعى انه ذكره بلاغاً وزاد فى آخره حتى بالسقط ، ورواه البيهقى عن ابى امامة بلفظ « تزوجوا فانى مكاثر بكم الأمم ، ولا تكونوا كرهبانية النصارى » وفى اسناده محمد بن ثابت وهو ضعيف ؛ وعند الدارقطنى فى المؤتلف وابن قانع فى الصحابه عن حرملة بن النعمان بلفظ « امرأة ولود احب الى الله من امرأة حسناء لا تلد ، انى مكاثر بكم الامم يوم القيامه » وقد ضعف اسناده ابن حجر ، وعند ابن ماجه عن عائشه ان النبي صلى الله عليه وسلم قال « النكاح من سنتى ، فمن لم يعمل بسنتى فليس منى ، وتزوجوا فانى مكاثر بكم الامم ، ومن كان ذا طول فلينكح ، ومن لم يجد فعليه بالصوم فان الصوم له وجاء » وفى اسناده عيسى بن ميمون وهو ضعيف .

وفى مسلم عن عمرو بن العاص عن النبى صلى الله عليه وسلم « الدنيا متاع وخير متاعها المرأة الصالحة » وعند النسائى والطبرانى بإسناد حسن عن أنس عن النبى صلى الله عليه وسلم « حبب إلى من دنياكم النساء والطيب ، وجعلت قرة عينى فى الصلاة » وعند الترمذى والدارقطنى والحاكم عن أبى هريرة مرفوعا « ثلاثة حق على الله إعانتهم ، المجاهد فى سبيل الله ، والناكح يريد أن يستعف ، والمكاتب يريد الأداء » وعند الحاكم عن أنس بلفظ « من رزقه الله إمرأة صالحة فقد أعانه على شطر دينه فليتق الله فى الشطر الثانى » .

قال ابن حجر : وإسناده ضعيف وروى بلفظ « من تزوج إمرأة صالحة فقد أعطى نصف العبادة » وفى إسناده زيد العمى وهو ضعيف . وعند أبى داود والحاكم عن ابن عباس مرفوعا بلفظ « ألا أخبركم بخير ما يكنز المرء ؟ المرأة الصالحة إذا نظر اليها سرته ، وإذا غاب عنها حفظته ، وإذا أمرها اطاعته » وعند الترمذى نحوه بإسناد منقطع ، وعند البغوى فى معجم الصحابة بلفظ « من كان موسراً فلم ينكح فليس منا » ورواه البيهقى وقال : هو مرسل ، وكذا جزم به أبو داود والدولابى .

وقد روى ابن ماجه والحاكم عن ابن عباس « لم ير المتحابين مثل التزويج » وأخرج أحمد وأبو داود والحاكم وصححه والطبرانى من رواية عطاء عن عكرمة عن ابن عباس مرفوعا « لا صرورة فى الاسلام » ولا رواية لعطاء عن عكرمة ولعله من رواية عمرو بن عطاء بن وراز ، وهو مجهول أو عمرو بن أبى الجوار ، والصرورة الذى لم يتزوج والذى لم يحج ، وعند الحاكم من حديث عياض بن غنم مرفوعا « لا تزوجوا عاقراً ولا عجوزاً فإنى مكاثر بكم الأمم » وإسناده ضعيف وقد قال ابن حجر فى الفتح : وفيه أيضاً عن الصنابح بن الأعسر وسهل بن حنيف وحرملة بن النعمان ومعاوية بن حيدة .

أما لغات الفصل وغريبه ، فإن الباءة بالمد النكاح والتزوج وقد تطلق الباءة على الجماع نفسه ، ويقال أيضاً : الباهة والباه بالألف مع الهاء وابن قتيبة يجعل هذه الأخيرة تصحيفاً وليس كذلك ، بل حكاه الأزهرى عن ابن الأنبارى ،

وبعضهم يقول الهاء مبدلة من الهمزة يقال : فلان حريص على الباءة والباء والباه بالهاء والقصر أي على النكاح .

قال ابن الأنباري : الباه الواحدة والباء الجمع ثم حكاها الأزهري عن ابن الأعرابي أيضا ويقال إن الباءة هو الموضع الذى تبوء اليه الابل ثم جعل عبارة عن المنزل ثم كنى به عن الجماع إما لأنه لا يكون إلا فى الباءة غالبا أو لأن الرجل يتبوأ من أهله أي يستمكن كما يتبوأ من داره ، وقوله عليه الصلاة والسلام « من استطاع منكم الباءة » على حذف مضاف والتقدير من وجد مؤنة النكاح فليتزوج ومن لم يستطع أى من لم يجد أهبة فعليه بالصوم . وقيل البـاءة بالمد القدرة على مؤن النكاح وبالقصر الوطء .

قال أبو العلاء المعرى .

والبـاء مثل الباه يخـــفض للـدناءة أو يجر

قال ابن حجر : ولا مانع من الحمل على المعنى الأعم بأن يراد بالباءة القدرة على الوطء ومؤن التزويج ، وقد وقع فى رواية عند الاسماعيلى من طريق أبى عوانه بلفظ « من استطاع منكم أن يتزوج فليتزوج » وفى رواية للنسائى « من كان ذا طول فلينكح » وقوله « اغض للبصر وأحصن للفرج » أى أشد غضا للبصر وأشد إحصانا ومنعا من الفـــاحشه ؛ وقوله « فعليه » قيل هذا من إغراء الغائب ، ولا تكاد العرب تغرى إلا الشاهد . تقول عليك زيداً ، ولا تقول عليه زيدا . قال الطيبى وجوابه أنه لما كان الضمير للغائب راجعا الى لفظة من وهى عبارة عن المخاطبين فى قوله « يا معشر الشباب » والشباب جمع شاب .

قال الأزهري لم يجمع فاعل على فعال غيره ، وبيان لقوله « منكم » جاز قوله عليه لأنه بمنزلة الخطاب ، وأجاب القـاضى عياض بأن الحديث ليس فيه اغراء الغائب . بل الخطاب للحاضرين الذين خاطبهم أولا بقوله « من استطاع منكم » وقد استحسنه القرطبى والحـافظ ابن حجر ، وقوله : وجاء بكسر الواو والمد وأصله الغمز ومنه وجأ فى عنقه اذا غمزه ، ووجأه بالسيف اذا طعنه به . ووجأ أنثييه غمزهما حتى رضهما وتسمية الصيام وجاء استعارة . والعلاقه المشابهة ،

لأن الصوم لما كان مؤثراً فى ضعف شهوة النكاح شبه بالصوم . وقد يقال : إن الصوم بما فيه من عبادة فى ذاته وفيما يلابسه من ترك لشهواته الحسية والمعنوية فإنه صارف عن مقارفة الشهوات أو التجانف للآثم ، وهو بما يحيط بالمرء من فيض نور الطاعة وقاية من الفحشاء أى وقاية .

(أما الاحكام) فان النكاح مشروع بالكتاب والسنة كما أوردنا من نصوصهما وقد اختلف الفقهاء فى كونه واجبا أو جائزا فمذهبنا جوازه ، وهو المشهور من مذهب أحمد بن حنبل رضى الله عنه إلا أن يخاف أحد على نفسه الوقوع فى محظور بتركه فيلزمه إعفاف نفسه .

وحكى عن داود أنه واجب فى العمر مرة واحدة للآية والخبر . دليلنا أن الله تعالى حين أمر به علقه على الاستطابه بقوله « فانكحوا ما طاب لكم من النساء » والواجب لا يقف على الاستطابة ، وقال « مثنى وثلاث ورباع » . ولا يجب ذلك بحال بالاتفاق .

قالت عائشة رضى الله عنها كانت مناكح أهل الجاهلية على أربعة أقسام .

(أحدها) مناكح الرايات وهو أن المرأة كانت تنصب على بابها راية لتعرف أنها عاهرة ، فيأتيها الناس .

(والثانى) أن الرهط من القبيله أو الناحية كانوا يجتمعون على وطء إمرأة لا يخالطهم غيرهم ، فاذا جاءت بولد ألحق بأشبههم .

(الثالث) نكاح الاستخبار ، وهو ان المرأة إذا ارادت ان يكون ولدها كريما بذلت نفسها لعدة من فحول القبائل ليكون ولدها كأحدهم .

(الرابع) النكاح الصحيح — وهو الذى قال النبى صلى الله عليه وسلم فيه ولدت من نكاح لا سفاحا ، وتزوج النبى صلى الله عليه وسلم خديجة بنت خويلد قبل النبوة من عمها ورقة بن نوفل ، وكان الذى خطبها له عمه ابو طالب وخطب فقال الحمد لله الذى جعل لنا بلداً حراماً وبيتا محجوجا وجعلنا سدنته ، وهذا محمد قد علمتم مكانه من العقل والنبل ، وان كان فى المال قل ، الا ان المال ظل زائل ،

وعارية مسترجعة . وما أردتم من المال فعلى » ، وله فى خديجة بنت خويلد رغبة ولها فيه مثل ذلك ، فزوجها منه عمها والله تعالى أعلم

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) ولا يصح النكاح إلا من جائز التصرف . فأما الصبى والمجنون فلا يصح منهما عقد النكاح لأنه عقد معاوضة فلم يصح من الصبى والمجنون كالبيع . وأما المحجور عليه لسفه فلا يصح نكاحه بغير إذن الولى لأنه عقد يستحق به المال فلم يصح منه من غير اذن الولى ويصح منه بإذن الولى لأنه لا يأذن له إلا فيما يرى الحظ فيه . وأما العبد فلا يصح نكاحه بغير إذن المولى لما روى ابن عمر رضى الله عنه أن النبى صلى الله عليه وسلم قال « إذا نكح العبد بغير إذن سيده فنكاحه باطل » ولأنه بالنكاح تنقص قيمته ويستحق بالمهر والنفقة كسبه . وفى ذلك إضرار بالمولى فلم يجز من غير إذنه ، ويصح منه باذن المولى لأنه لما أبطل النبى صلى الله عليه وسلم نكاحه بغير إذنه دل على أنه يصح باذنه ، ولأن المنع لحق المولى فزال باذنه .

(فصل) ومن جاز له النكاح وتاقت نفسه اليه وقدر على المهر والنفقة فالمستحب له أن يتزوج لحديث عبدالله ، ولأنه أحصن لفرجه وأسلم لدينه ، ولا يجب ذلك لما روى ابراهيم بن ميسرة رضى الله عنه عن عبيد بن سعد يبلغ به النبى صلى الله عليه وسلم « من أحب فطرتى فليستن بسنتى ، ومن سنتى النكاح » ولأنه ابتغاء لذة تصبر النفس عنها فلم يجب كلبس الناعم وأكل الطيب ، ومن لم تق نفسه اليه ، فالمستحب له أن لا يتزوج لأنه تتوجه عليه حقوق هو غنى عن التزامها ويحتاج أن يشتغل عن العبادة بسببها ، واذا تركه تخلى للعبادة فكان تركه أسلم لدينه .

(الشرح) حديث ابن عمر أخرجه ابن ماجه . قال الترمذى « لا يصح انما هو عن جابر ، ورواية جابر عند أحمد وأبى داود والترمذى وحسنه بلفظ « أيما عبد تزوج بغير اذن سيده فهو عاهر »

أما حديث عبيد بن سعد فأصح طرقه روايتا عائشة وأنس فى الرهط الذين

جاءوا إلى البيت ، وقد مضى تخريجه . أما الأحكام فإنه لا يصح النكاح إلا من حر بالغ عاقل مطلق التصرف . فأما العبد فلا يصح نكاحه بغير إذن السيد . وأما الصبي والمجنون فلا يصح نكاحهما لقوله صلى الله عليه وسلم « رفع القلم عن ثلاثة : عن الصبي حتى يبلغ . وعن النائم حتى يستيقظ ، وعن المجنون حتى يفيق » ولأنه عقد معاوضة فلم يصح من الصبي والمجنون كالبيع . وأما السفيه فلا يصح نكاحه بغير إذن الولي ، لأنه لا يأذن له إلا فيما فيه مصلحة من ذلك

(فرع) النكاح مستحب غير واجب عندنا ، وبه قال أبو حنيفة ومالك وأحمد في المشهور من مذهبه وأكثر أهل العلم

وقال داود بن علي الظاهري : هو واجب على الرجل والمرأة مرة في العمر دليلنا كما قلنا قوله تعالى « فانكحوا ما طاب لكم من النساء » فعلقه بالاستطابة وما كان واجباً لا يتعلق بالاستطابة

وروى أبو أيوب الأنصاري أن النبي صلى الله عليه وسلم قال « أربع من سنن المرسلين : الختان والتعطر والسواك والنكاح » وقوله « من أحب فطرتي » فعلقه على المحبة وسماه سنة ، فإذا أطلقت السنة اقتضت المندوب اليه . وروى أن امرأة أتت النبي صلى الله عليه وسلم فقالت : يا رسول الله ما حق الزوج على المرأة ؟ فبين لها ذلك ، فقالت لا والله لا تزوجت أبداً ، فلو كان النكاح واجباً لأنكر عليها رسول الله صلى الله عليه وسلم ذلك ، وروى أن جماعة من الصحابة ماتوا ولم يتزوجوا ولم ينكر عليهم

إذا ثبت هذا فالناس في النكاح على أربعة أضرب : ضرب تتوق نفسه اليه ، أي اشتاقت ويجد أهبته وهو المهر والنفقة وما يحتاج اليه ، فيستحب له أن يتزوج لما رواه عبد الله بن مسعود حديث (يامعشر الشباب)

والضرب الثاني : من تتوق نفسه الى الجماع ولا يقدر على المهر والنفقة فالمستحب له أن لا يتزوج ، بل يتعاهد نفسه بالصوم فإنه له وقاية . ولا يشغل ذمته بالمهر والنفقة .

والضرب الثالث : من لا تتوق نفسه إلى الجماع ويريد التخلي الى عبادة الله تعالى فيستحب له أن لا يتزوج ، لأنه يلزم ذمته حقوقا هو مستغن عن التزامها

والضرب الرابع ، من لا تتوق نفسه وهو قادر على المهر والنفقة ولا يريد العبادة فهل يستحب له أن يتزوج ؟ فيه قولان حكاهما العمرانى فى الفروع ؛

(أحدهما) لا يستحب له أن يتزوج لأنه يشغل ذمته بما لاحاجة به اليه .

(والثانى) يستحب له لقوله صلى الله عليه وسلم « من أحب فطرتى فليستن بسنتى ، ومن سنتى النكاح .

وقال أبو حنيفة النكاح مستحب بكل حال ، وبه قال بعض أصحابنا ، بل قال أبو عوانة الاسفرايينى من محدثى أصحاب الشافعى « انه يجب للتائق اليه القادر على مؤنته » وصرح به فى صحيحه ، ونقله المصعبى فى شرح مختصر الجوينى وجها وقال ابن حزم فى المحلى وفرض على كل قادر على الوطء إن وجد ما يتزوج به أو يتسرى أن يفعل أحدهما ، فإن لم يجد فليكثر من الصوم ، وهو قول جماعة من السلف . انتهى

وقال الماوردى من أصحابنا الذى نطق به مذهب مالك أنه مندوب ، وقد يجب عندنا فى حق من لا ينكف عن الزنا إلا به . وقال القاضى عياض هو مندوب فى حق كل من يرجى منه النسل ، ولو لم يكن فى الوطء شهوة ، وكذا فى حق من له رغبة فى نوع من الاستمتاع بالنساء غير الوطء . فأما من لا نسل له ولا إرب له فى النساء ولا فى الاستمتاع فهذا مباح فى حقه إذا علمت المرأة بذلك ورضيت . وقد يقال انه مندوب أيضا لعموم « لا رهبانيه فى الاسلام » قال الحافظ بن حجر ولم أره بهذا اللفظ . لكن فى حديث سعد بن أبى وقاص عند الطبرانى « إن الله أبدلنا بالرهبانية الحنيفيه السمحه »

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) والمستحب أن لا يتزوج إلا ذات دين لما روى أبو هريرة رضى الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال « تنكح المرأة لأربع ، لمالها وحسبها وجمالها ودينها ، فاظفر بذات الدين تربت يداك » ولا يتزوج إلا ذات عقل ، لأن القصد بالنكاح العشرة وطيب العيش ، ولا يكون ذلك الا مع ذات عقل ، ولا يتزوج الا من يستحسنها لما روى أبو بكر بن محمد بن عمرو بن حزم عن

رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال « إنما النساء لعب ، فإذا اتخذ أحدكم لعبة فليستحسنها »

(فصل) وإذا أراد نكاح امرأة فله أن ينظر وجهها وكفيها . لما روى أبو هريرة رضى الله عنه أن رجلا أراد أن يتزوج امرأة من نساء الأنصار فقال النبي صلى الله عليه وسلم « انظر اليها فإن فى أعين الأنصار شيئا » ولا ينظر الى ما سوى الوجه والكفين لأنه عورة ، ويجوز للمرأة إذا أرادت أن تتزوج برجل أن تنظر اليه ، لأنه يعجبها من الرجل ما يعجب الرجل منها . ولهذا قال عمر رضى الله عنه « لا تزوجوا بناتكم من الرجل الدميم ، فإنه يعجبهن منهم مايعجبهم منهن » ويجوز لكل واحد منهما أن ينظر إلى وجه الآخر عند المعاملة ، لأنه يحتاج اليه للمطالبة بحقوق العقد والرجوع بالعهدة . ويجوز ذلك عند الشهادة للحاجة إلى معرفتها فى التحمل والأداء .

ويجوز لمن اشترى جارية أن ينظر الى ماليس بعورة منها للحاجة الى معرفتها ويجوز للطبيب أن ينظر الى الفرج للمداواة لأنه موضع ضرورة لجاز له النظر الى الفرج كالنظر فى حال الختان .* وأما من غير حاجة فلا يجوز للأجنبى أن ينظر إلى الأجنبية ، ولا للأجنبية أن تنظر الى الأجنبى ، لقوله تعالى « قل للمؤمنين يغضوا من أبصارهم ويحفظوا فروجهم . وقل للمؤمنات يغضضن من أبصارهن ويحفظن فروجهن »

وروت أم سلمة رضى الله عنها قالت : كنت عند رسول الله صلى الله عليه وسلم وعنده ميمونة ، فأقبل ابن أم مكتوم فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم احتجبن عنه ، فقلت « يا رسول الله أليس أعمى لا يبصرنا ولا يعرفنا ؟ فقال أفعمياوان أنتما أليس تبصرانه ؟ »

وروى على كرم الله وجهه « أن النبى صلى الله عليه وسلم أردف الفضل فاستقبلته جارية من خثعم فلوى عنق الفضل ، فقال أبوه العباس : لويت عنق ابن عمك ؟ قال رأيت شابا وشابة فلم آمن الشيطان عليهما » ولا يجوز النظر الى الامرد من غير حاجة لأنه يخاف الافتتان به كما يخاف الافتتان بالمرأة

(فصل) ويجوز لذوى المحارم النظر إلى ما فوق السرة ودون الركبة من ذوات المحارم لقوله تعالى «ولا يبدين زينتهن إلا لبعولتهن أو آبائهن أو آباء بعولتهن أو أبنائهن أو أبناء بعولتهن أو إخوانهن أو بنى إخوانهن أو بنى أخواتهن أو نسائهن أوماملكت أيمانهن أو التابعين غير أولى الإربة من الرجال» ويجوز للرجل أن ينظر إلى ذلك من الرجل وللمرأة أن تنظر إلى ذلك من المرأة لأنهم كذوى المحارم فى تحريم النكاح على التأبيد فكذلك فى جواز النظر. واختلف أصحابنا فى مملوك المرأة، فمنهم من قال هو محرم لها فى جواز النظر والخلوة، وهو المنصوص لقوله عز وجل «أو ما ملكت أيمانهن» فذكره مع ذوى المحارم فى إباحة النظر. وروى أنس رضى الله عنه قال «أعطى رسول الله (ص) فاطمة غلاماً فأقبل النبى (ص) ومعه الغلام فتقنعت بثوب إذا قنعت رأسها لم يبلغ رجليها، وإذا غطت رجليها لم يبلغ رأسها، فقال النبى (ص) إنه ليس عليك بأس إنما هو أبوك وغلامك» ومنهم من قال ليس بمحرم، لأن المحرم من يحرم على التأبيد، وهذا لايحرم على التأبيد فلم يكن محرماً، واختلفوا فى المراهق مع الأجنبية، فمنهم من قال هو كالبالغ فى تحريم النظر لقوله تعالى «أو الطفل الذين لم يظهروا على عورات النساء» فدل على أنه لا يجوز لمن ظهر على عورات النساء، ولأنه كالبالغ فى الشهوة فكان كالبالغ فى تحريم النظر. ومن أصحابنا من قال يجوز له النظر إلى ما ينظر ذو محرم، وهو قول أبى عبد الله الزبيرى لقوله عز وجل «وإذا بلغ الأطفال منكم الحلم فليستأذنوا» فدل على أنهم إذا لم يبلغوا الحلم لم يستأذنوا.

(فصل) ومن تزوج امرأة أو ملك جارية يملك وطأها فله أن ينظر منها الى غير الفرج، وهل يجوز أن ينظر الى الفرج؟ فيه وجهان (أحدهما) لا يجوز؛ لما روى أن النبى صلى الله عليه وسلم قال «النظر الى الفرج يورث الطمس» (والثانى) يجوز، وهو الصحيح، لأنه يملك الاستمتاع به فجاز له النظر اليه كالفخذ وإن زوج أمته حرم عليه النظر إلى مابين السرة والركبة لما روى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن النبى صلى الله عليه وسلم قال «إذا زوج أحدكم جاريته عبده أو أجيره فلا ينظر الى مادون السرة والركبة»

(الشرح) حديث أبي هريرة رواه الشيخان وأحمد فى مسنده وأصحاب السنن ماعدا الترمذى ، وحديث أنس رواه أبوداود والبيهقى وابن مردويه وفى إسناده أبو جميع سالم بن دينار الهجيمى البصرى . قال ابن معين ثقة ، وقال أبو زرعة الرازى : بصرى لين الحديث . وقوله « إذا قنعت » بفتح النون المشددة سترت وغطت . وأما حديث النظر الى الفرج يورث الطمس ، فقد مضى فى العبادات فى ستر العورة وضعفه النووى وغيره ، وكذلك حد العورة من الجارية مضى فى ستر العورة فليراجع .

أما غريبه فقوله « لاربع » أى لأجل أربع ، وقوله « لحسبها » بفتح الحاء والسين أى شرفها ، والحسب فى الأصل الشرف بالآباء وبالأقارب مأخوذ من الحساب ، لأنهم كانوا إذا تفاخروا عدوا مناقبهم ومآثر آبائهم وقومهم وحسبوها فيحكم لمن زاد عدده على غيره ، وقيل المراد بالحسب هنا الأفعال الحسنة ، وقيل المال ، وهو مردود بذكره قبله ، ويؤخذ من الحديث أن الشريف النسيب يستحب له أن يتزوج نسيبة ، إلا ان تعارض نسيبة غير ذات دين ، وغير نسيبة ذات دين ، فتقدم ذات الدين ، وهكذا فى كل الصفات

وأما ما أخرجه أحمد والنسائى وصححه ابن حبان والحاكم من حديث بريدة رفعه « إن أحساب أهل الدنيا الذى يذهبون اليه المال » فقال ابن حجر : يحتمل أن يكون المراد أنه حسب من لا حسب له فيقوم النسب الشريف لصاحبه مقام المال لمن لا نسب له ، ومنه حديث سمرة يرفعه « الحسب المال والكرم التقوى » أخرجه أحمد والترمذى وصححه هو والحاكم .

قوله « وجمالها » يؤخذ منه استحباب نكاح الجميلة ، ويلحق بالجمال فى الذات الجمال فى الصفات ؛ قوله «فاظفر بذات الدين» فيه دليل على أن اللائق بذى الدين والمروءة أن يكون الدين مطمح نظره فى كل شىء لاسيما فيما تطول صحبته كالزوجه وقد وقع فى حديث عبد الله بن عمرو عند ابن ماجه والبزار والبيهقى يرفعه « لاتزوجوا النساء لحسنهن فعسى حسنهن أن يرديهن ، ولا تزوجوهن لأموالهن فعسى أموالهن أن تطغيهن ، ولكن تزوجوهن على الدين ، ولأمة سوداء ذات دين أفضل »

والحديث يكشف نحائز البشر وما أستقر فى طباعهم من قصد هـذه الخصال الاربع وآخرها عندهم ذات الدين فاظفر أيها الحصيف بذات الدين تربت يداك أى اصقت بالتراب وهى كناية عن الفقر ، وهو خبر بمعنى الدعاء ، لكن لا يراد به حقيقته وبهذا جزم صاحب العمدة .

وحكى ابن العربى أن المعنى : استغنت يداك ، ورد بأن المعروف أترب إذا استغنى ، وترب إذا افتقر ، وقيل : معناه ضعف عقلك ، وقيل : افتقرت من العلم وقيل : فيه شرط مقدر أى وقع ذلك لك إن لم تفعل ورجحه ابن العربى .
وحديث إنما النساء لعب مضى تخريجه .

أما حديث أبى هريرة فقد رواه أحمد والنسائى ، وأخرجه مسلم من حديث أبى حازم عنه ولفظه « كنت عند النبى صلى الله عليه وسلم فأتاه رجل فأخبره أنه تزوج إمرأة من الأنصار فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : أنظرت اليها ؟ قال : لا ، قال : فاذهب فانظر اليها فإن فى أعين الأنصار شيئاً » .

أما حديث أم سلمة فقد رواه أحمد وأبو داود والترمذى وصححه والنسائى وابن حبان وفى إسناده نبهان مولى أم سلمة شيخ الزهرى وقد وثق . وقد روى مالك فى موطئه عن عائشة أنها احتجبت من أعمى فقيل لها : إنه لا ينظر اليك قالت : لكنى أنظر اليه .

أما حديث على كرم الله وجهه فقد أخرجه الترمذى وصححه ، ورواه البخارى من حديث عبد الله بن عباس « أن النبى صلى الله عليه وسلم أردف الفضل بن العباس يوم النحر خلفه ، وفيه قصة المرأة الخثعمية التى سألته صلى الله عليه وسلم عن أمها التى لم تحج ، وقد مضى فى كتاب الحج تفصيله وطرقه ونحواه .

أما الأحكام : فإنه يستحب له أن يتزوج ذات العقل ، لأن القصد بالنكاح طيب العيش معها ولا يحصل ذلك مع من لا عقل لها ، ويستحب له أن يتزوج بكرا لما روى جابر قال : تزوجت إمرأة فأتيت النبى صلى الله عليه وسلم فقال : أتزوجت يا جابر ؟ فقلت : نعم ، فقال : بكرا ام ثيباً ؟ فقلت له ثيبا ، فقال هلا جارية بكرا تلاعبها وتلاعبك إلخ الحديث ، ويستحب له أن لا يتزوج إلا من

يستحسنها الحديث « فاذا اتخذ أحدكم لعبة فليستحسنها » ويستحب له أن يتزوج ذات نسب لحديث تنكح المرأة الأربع ولقوله صلى الله عليه وسلم « تخيروا لنطفكم » ولقوله صلى الله عليه وسلم « إياكم وخضراء الدمن ، قيل وما خضراء الدمن يا رسول الله ؟ قال : المرأة الحسناء فى المنبت السوء » .

والأولى أن يتزوج من غير عشيرته لان الشافعى رضى الله عنه قال اذا تزوج الرجل من عشيرته فالغالب على ولده الحمق ، ومن المقرر فى علم الاجناس أن من أسباب انقراض الجنس حصره فى أسرة واحدة فان ذلك يفضى بتدهور السلالات وضعف النسل ، ويستحب له أن يتزوج الولود ، لقوله صلى الله عليه وسلم « تناكحوا تكثروا » وقوله صلى الله عليه وسلم « تزوجوا الولود الودود » وقوله صلى الله عليه وسلم « سوداء ولود خير من حسناء عقيم » ويستحب له أن يتزوج فى شوال ، لما روى عن عائشة رضى الله عنها قالت : تزوجنى رسول الله (ص) فى شوال ، وبنى بى فى شوال ، فكانت عائشة رضى الله عنها تستحب أن يبتنى بنسائها فى شوال .

(فرع) ويجوز للحر أن يجمع بين أربع زوجات حرائر ، ولا يجوز له أن يجمع بين اكثر من أربع لقوله : مثنى وثلاث ورباع ، قال الصيمرى من أصحابنا إلا أن المستحب أن لا يزيد على واحدة لا سيما فى زماننا هذا — أى فى زمان الصيمرى — وقال القاسم وشيعته (القاسمية) يجوز أن يجمع بين تسع ولا يجوز له أكثر من ذلك لأن النبى صلى الله عليه وسلم مات عن تسع زوجات ، ولأن قوله تعالى « مثنى وثلاث ورباع فيكون المجموع تسعا . وذهبت طائفة من الرافضة إلى أنه يتزوج أى عدد شاء .

دليلنا أن غيلان بن سلمة الثقفى أسلم وتحته عشر نسوة ؛ فقال له النبى (ص) امسك منهن اربعا وفارق سائرهن . وروى عن نوفل بن معاوية قال : اسلمت وتحتى خمس نسوة فقال لى النبى صلى الله عليه وسلم « امسك اربعا منهن وفارق واحدة منهن . واما الآية فالمراد بها التخيير بين الاثنين والثلاث والاربع ، ولم يرد به الجمع ، كقوله تعالى « اولى اجنحة مثنى وثلاث ورباع فى صفة الملائكة

وتقول جاء فى القوم مثنى وثلاث ورباع ، وأما النبي (ص) فإنه كان مخصوصاً بذلك ، وما روى أن أحداً من الصحابة جمع بين أكثر من اربع زوجات .

(فرع) وإذا أراد الرجل خطبة إمرأة جاز له النظر منها إلى ما ليس بعورة منهاوهو وجهها وكفاها بإذنهاوبغيراذنهاولا يجوز لهأن ينظر إلى ماهو عورةمنها وبه قال مالك وأبو حنيفة .

وحكى عن مالك أنه لا يجوز له ذلك الا بإذنها . وقال المزنى : لا يجوز أن ينظر الى شيء منها . وقال داود بن على : يجوز له أن ينظر إلى جميع بدنها إلا إلى فرجها . دليلنا على المزنى حديث أبى هريرة مرفوعاً « أنظر اليها فإن فى أعين الأنصار شيئا » .

وروى عن المغيرة بن شعبة قال : أردت أن أنكح إمرأة من الانصار فذكرت ذلك للنبي صلى الله عليه وسلم فقال « اذهب فانظر اليها فانه أحرى أن يؤدم بينكما قال فذهبت فأخبرتُ أباها بذلك ، فذكر أبوها ذلك لها فرفعت الخدر فقالت : إن كان رسول الله صلى الله عليه وسلم أذن لك أن تنظر فانظر ، وإلا فإنى أحرج عليك ان كنت تؤمن بالله ورسوله .

وأما الدليل على داود فقوله تعالى « ولا يبدين زينتهن الا ما ظهر منها » قيل فى التفسير : الوجه والكفان ، وظاهر الاية يقتضى أنه لا يجوز للمرأة أن تبدى الا وجهها وكفيها .

وروى جابر رضى الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : اذا أراد أحدكم تزويج امرأة فلينظر الى وجهها وكفيها ، فدل على أنه لا يجوز له النظر الى غير ذلك ، ولان ذلك يدل على سائر بدنها .

اذا ثبت هذا : فله أن يكرر النظر الى وجهها وكفيها ، لما روى أبو الدرداء رضى الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : اذا قذف الله فى قلب امرىء خطبة امرأة فلا بأس أن يتأمل محاسن وجهها . ولا يمكنه تأمل ذلك الا بأن يكرر اليها النظر .

قال الصيمرى : فإذا نظر اليها ولم توافقه فالمستحب له أن يسكت ولا يقول

لا أريدها . قال : وقد جرت عادة الرجال فى وقتنا هذا أن يبعث بامرأة ثقة لتنظر الى المرأة التى يريدون خطبتها ؛ وهو خلاف السنة ، وذلك فى كتاب الإفصاح .

(فرع) قال الشيخ أبو اسحاق : ويجوز للمرأة اذا أرادت أن تتزوج برجل أن تنظر اليه لأنه يعجبها منه ما يعجبه منها ، ولهذا قال عمر رضى الله عنه : لا تزوجوا بناتكم من الرجل الدميم فانه يعجبهن منهم ما يعجبهم منهن .

واذا أراد الرجل أن ينظر الى امرأة اجنبية منه من غير سبب فلا يجوز له ذلك لا الى العورة ولا الى غير العورة لقوله تعالى « قل للمؤمنين يغضوا من ابصارهم » ولحديث على فى ارداف الرسول صلى الله عليه وسلم الفضل بن العباس خلفه فى حجة الوداع فى قصة الخثعمية .

وروى ان النبى صلى الله عليه وسلم قال لعلى « يا علىّ لا تتبع النظرة النظرة فانما لك الأولى وليست لك الآخرة » اخرجه احمد وابو داود والترمذى من حدث بريدة . ولا يجوز للمرأة ان تنظر الى الرجل الاجنبى لا الى العورة ولا الى غيرها من غير سبب ، لقوله تعالى « وقل للمؤمنات يغضضن من ابصارهن » ولحديث دخول ابن ام مكتوم على النبى صلى الله عليه وسلم وعنده ام سلمة وميمونة ، وقيل عائشة وحفصة فأمرهما صلى الله عليه وسلم بالاحتجاب ، فقالا افعمياوان انتما ، أليس تبصرانه ، ولأن المعنى الذى منع الرجل لأجله هو صرف الافتتان ، وهذا موجود فى المرأة لانها اسرع الى الافتتان لغلبة شهوتها فحرم عليها ذلك .

(فرع) ويجوز للرجل ان ينظر الى وجه المرأة الاجنبية عند الشهادة وعند البيع منها والشراء ، ويجوز لها ان تنظر الى وجهه لذلك ، لان هذا يحتاج اليه فجاز النظر لأجله ، ويجوز لكل واحد منهما ان ينظر الى بدن الآخر اذا كان طبيبا واراد مداواته لانه موضع ضرورة فزال تحريم النظر لذلك .

(فرع) واختلف اصحابنا فى الصبى المراهق مع المرأة الاجنبية : فنهم من قال : هو كالرجل البالغ الأجنبى معها فلا يحل لها ان تبرز له لقوله تعالى : « او الطفل الذين لم يظهروا على عورات النساء » ومعناه لم يقووا على مواقعة النساء

والمراهق يقوى على المواقعة والجماع فهو كالبالغ ، ومنهم من قال : هو معها كالبالغ من ذوى محارمها لقوله تعالى « وإذا بلغ الأطفال منكم الحلم فليستأذنوا » فأمر بالاستئذان إذا بلغوا الحلم : فدل على أنه قبل أن يبلغ الحلم يجوز دخولهم من غير استئذان .

ولا يجوز للرجل الخصى أن ينظر الى بدن المرأة الأجنبية . قال ابن الصباغ : إلى أن يكبر ويهرم وتذهب منه شهوته ، قال : وكذلك المخنث لقوله تعالى (أو التابعين غير أولى الإربة من الرجال)

وروى أن مخنثاً كان يدخل على أزواج النبي صلى الله عليه وسلم وكانوا يعدونه من غير أولى الإربة . فدخل النبي صلى الله عليه وسلم يوماً وهو عند بعض نسائه هو ينعت امرأة لعبد الله بن أمية أخى أم سلمة يقول : يا عبد الله ان فتح الله عليكم الطائف فإنى أدلك على ابنة غيلان فإنها تقبل بأربع وتدبر بثمان ، فقال النبي صلى الله عليه وسلم لا يدخلن هؤلاء عليكم . رواه البخارى ومسلم وأخرجه أحمد فى مسنده عن أم سلمة ، ورواه أحمد ومسلم وأبو داود من حديث عائشة . وقوله « تقبل بأربع » يعنى أربع عكن فى مقدم بطنها ، وقوله « تدبر بثمان » لأن الأربع محيطة ببطنها وجنبيها فتبدو العكن من خلفها ثمان أربع من اليمين وأربع من اليسار . وهذا هو تفسير مالك رضى الله عنه للحديث ، وتابعه عليه جمهور العلماء فى اللغة والحديث

(فرع) ويجوز للرجل أن ينظر الى المرأة من ذوات محارمه ، وكذلك يجوز لها النظر اليه من غير سبب ولا ضرورة ، لقوله تعالى (ولا يبدين زينتهن الا لبعولتهن أو آبائهن أو آباء بعولتهن) الآية وفى الموضع الذى يجوز له النظر اليها منها وجهان حكاهما المسعودى (أحدهما) وهو قول البغداديين من أصحابنا أنه يجوز له النظر الى جميع بدنها الا ما بين السرة والركبة ، لأنه لا يحل له نكاحها بحال ، فجاز له النظر الى ذلك كالرجل مع الرجل

(والثانى) وهو اختيار القفال أنه يجوز له النظر الى ما يبدو منها عند المهنة (١)

---

(١) المهنه بفتح الميم بعدها هاء ساكنة ثم نون مفتوحه فهاء وهى الخدمة .

لأنه لاضرورة به إلى النظر الى مازاد على ذلك . قال المسعودى : وهكذا الوجهان فى النظر الى أمة غيره .

ويجوز للرجل أن ينظر الى جميع بدن الرجل الا الى ما بين السرة والركبة من غير سبب ولا ضرورة ، لأنه لا يخاف الافتتان بذلك

(فرع) اذا امتلكت المرأة خادماً فهل يكون كالمحرم لها فى جواز النظر والخلوة به ؟ فيه وجهان (أحدهما) أنه يصير محرماً لها ، وقد مال فى المهذب الى ذلك ، وهو المنصوص لقوله تعالى (أو ما ملكت أيمانهن) فعده من ذوى المحارم وروت أم سلمة أن النبى صلى الله عليه وسلم قال « اذا كان مع احداكن مكاتب وفى فلتحتجب عنه » فلولا أن الاحتجاب لم يكن واجباً عليهن قبل ذلك لما أمرهن به .

وروى أن النبى صلى الله عليه وسلم أعطى فاطمة رضى الله عنها غلاماً فأراد النبى صلى الله عليه وسلم أن يدخل عليها ومعه على والغلام وليس عليها الا ثوب واحد ، فأرادت أن تغطى رأسها به ورجليها فلم يبلغ ، فقال النبى (ص) لا بأس عليك انما هو أبوك وزوجك وخادمك ؛ ولأن الملك سبب يحرم الزوجية بينهما فوجب أن يكون محرماً له كالنسب والرضاع

والثانى لا يكون محرماً لها . قال الشيخ ابو حامد وهو الصحيح عند أصحابنا لأن الحرمة انما تثبت بين شخصين لم تخلق بينهما شهوة كالاخ والاخت . والخادم وسيدته شخصان خلقت بينهما الشهوة فهو كالاجنبى . وأما الآية فقال أهل التفسير : المراد بها الا مادون العبيد . وأما الخبر فيحتمل أن يكون الغلام الذى أعطاه النبى (ص) لفاطمة صغيراً . اه

(فرع) وإذا تزوج الرجل امرأة يحل له الاستمتاع بها كان لكل واحد منهما النظر الى جميع بدن الآخر ، لأنه يملك الاستمتاع به ، وهل يجوز له النظر الى الفرج؟ فيه وجهان (أحدهما) يجوز لأنه موضع يجوز الاستمتاع به فجاز له النظر اليه كالفخذ (والثانى) لا يجوز لما روى من ان النظر الى الفرج يورث الطمس وهو العمى . قال تعالى (فطمسنا أعينهم) ولأن فيه دناءة وسخفاً . قال الشيخ أبو حامد وابن الصباغ ، يعنى بالطمس العمى أى فى الناظر . وقال الطبرى فى العدة

أى أن الولد بينهما يولد أعمى . وإذا زوّج الرجل أمته كانت كذوات محارمه فلا يجوز له أن ينظر منها إلى ما بين السرة والركبة للحديث : إذا زوج أحدكم أمته فلا ينظر منها إلى ما بين السرة والركبه ، ولأنه إذا زوجها لحكم الملك ثابت بينهما وإنما حرم عليه الاستمتاع بها فصارت كذوات محارمه

(مسألة (١)) قال الشافعى رضى الله عنه : ان الله عز وجل لما خص به رسوله صلى الله عليه وسلم من وحيه وأبانه بينه وبين خلقه بما فرضه عليهم من طاعته افترض عليه أشياء خففها على خلقه ليزيده بها إن شاء الله قربة ، وأباح له أشياء حظرها على خلقه زيادة فى كرامته وتبييناً لفضيلته . وجملة ذلك أن النبى (ص) خص بأحكام فى النكاح وغيره ولم يشاركه غيره فيها

فأما ما خص به فى غير النكاح فأوجب الله تعالى عليه أشياء لم يوجبها على غيره ليكون ذلك أكثر لثوابه ، فأوجب عليه السواك والوتر والأضحية . والدليل عليه قوله صلى الله عليه وسلم : ثلاث كتبهن الله علىّ ولم تكتب عليكم : السواك والوتر والاضحية . وكان يجب عليه إذا لبس لأمة حربه أن لا ينزعها حتى يلقى العدو . الدليل قوله صلى الله عليه وسلم : ما كان لنبى إذا لبس لأمته أن ينزعها حتى يحكم الله بينه وبين عدوه .

وأما قيام الليل فمن أصحابنا من قال كان واجباً عليه إلى أن مات لقوله تعالى (يا أيها المزمل قم الليل إلا قليلا) الايه . والمنصوص أنه كان واجباً عليه ثم نسخ بقوله تعالى (ومن الليل فتهجد به نافلة لك) وبعض أهل العلم يرى أن الاية ليست ناسخه . وأن قوله نافلة لك تجرى مجرى معناها اللغوى ، أى زيادة خاصة بك وليست نافلة بمعناها الاصطلاحى أمن كونها دون الواجب . وكان صلى الله عليه وسلم إذا رأى منكراً أنكره وأظهره . لأن إقراره لغيره على ذلك يدل على جوازه ، وقد ضمن الله تعالى له النصر . وحرم عليه أشياء لم يحرمها على

( ) هو فصل محذوف من النسخة المطبوعة أورده العمرانى فى كشف ما فى المهذب من الإشكال ، وكم فى النسخة المطبوعة من نقص استدركناه فى فروعنا .

غيره تنزيهاً له وتطهيراً ، فحرم عليه الكتابة وقول الشعر وتعليمه تأكيداً لحجته وبياناً لمعجزته : قال تبارك وتعالى « وما كنت تتلو من قبله من كتاب ولا تخطه بيمينك إذن لارتاب المبطلون » .

وذكر النقاش من أصحابنا أن النبي (ص) ما مات حتى كتب ، والأول هو المشهور ؛ وحرمت عليه الصدقة المفروضة قولا واحداً . وفى صدقة التطوع قولان وقد مضى بيانه مفصلا فى الزكاة وحرم عليه خائنة الأعين وهو الرمز بالعين ، لما روى أن رجلا دخل على النبي صلى الله عليه وسلم ، فلما خرج قال : هلا قتلتموه ، فقالوا هلا رمزت الينا ، فقال صلى الله عليه وسلم : ما كان لنبي أن يكون له خائنة الاعين . وحرم عليه أن يمد عينيه الى مامتع به الناس

والدليل عليه ما روى أن النبي صلى الله عليه وسلم مرت به إبل عست بأبوالها وأبعارها فغطى عينيه ، فقيل له فى ذلك ، فقال قال الله تعالى (ولا تمدن عينيك الى ما متعنا به أزواجا منهم)

وأباح الله تعالى له أشياء لم يبحها لغيره تفضيلا له واختصاصا ، منها انه أباح له الوصال فى الصوم . والدليل عليه أنه نهى عن الوصال ، فقيل له يا رسول الله انك تواصل ، فقال « انى لست مثلكم ، انى أطعم وأسقى » وفى رواية « انى أبيت عند ربى فيطعمنى ويسقينى » وأبيح له أربعة أخماس الغنيمه ، وخمس الخمس من الفيء والغنيمة ، وأبيح له أن يختار منها ما شاء ، وأكرمه الله تعالى بأشياء منها أحل له الغنائم ولأمته وكانت لا تحل لمن قبله من الانبياء .

ويزعم اليهود فى توراتهم أن السبي والفيء والغنيمه حلال لهم بالحرب . وفى التلمود كل اموال ودماء ونساء وأطفال غير اليهود مستباحه لليهود ، وقالوا ليس علينا فى الاميين سبيل ويقولون على الله الكذب وهم يعلمون ، وجعلت له الارض مسجداً وطهورا ولأمته وكان من قبله من الانبياء لا تصح صلاتهم الا فى المساجد لقوله صلى الله عليه وسلم « فضلنا على الناس بثلاث ، جعلت الارض لنا مسجدا وترابها طهورا وجعلت صفوفنا كصفوف الملائكة وجعل له معجزات كمعجزات الانبياء قبله وزيادة ، فكانت معجزة موسى العصا وانبجاس الماء من الصخرة .

وقد انشق القمر للنبي صلى الله عليه وسلم وخرج الماء من بين أصابعه وكانت معجزة عيسى إحياء الموتى وإبراء الأكمه والأبرص ، وقد سبحت الحصى بيد النبي صلى الله عليه وسلم وحن الجذع اليه ، وفضله الله تعالى عليهم بأن جعل القرآن معجزته وجعل معجزته فيه باقية إلى يوم القيامة ، ولهذا كانت نبوته مؤبدة لا تنسخ إلى يوم القيامة ، ونصر بالرعب مسيرة شهر ، وبعث إلى الخلق كافة ، وقد كان كل نبي يبعث فى نسب قومه خاصة ، وقال صلى الله عليه وسلم : تنام عيناى ولا ينام قلبي ، وكان يرى من خلفه كما يرى من بين يديه ، وأما ما خص به النبي صلى الله عليه وسلم من الأحكام فى النكاح فاختلف أصحابنا فى المنع من الكلام فيه فحكى الصيمرى أبا على بن خيران منع من الكلام فيه وفى الإمامة لأن ذلك قد انقضى فلا معنى للكلام فيه

وقال سائر أصحابنا : لا بأس فى الكلام بذلك وهو المشهور من المذهب لما فيه من زيادة العلم ، وقد تكلم العلماء فيما لا يكون كما بسط الفرضيون مسائل الوصايا وقالوا : إذا ترك أربعمائة جدة وأكثر . إذا ثبت هذا فانه أبيح للنبي صلى الله عليه وسلم أن ينكح من النساء أى عدد شاء .

وحكى الطبرى فى العدة وجها آخر أنه لم يبح له أن يجمع بين أكثر من تسع والأول هو المشهور ، قال تعالى « فانكحوا ما طاب لكم من النساء مثنى وثلاث ورباع فإن خفتم ألا تعدلوا فواحدة أو ما ملكت أيمانكم ذلك أدنى ألا تعولوا » قيل فى التفسير : أن لا تجوروا فى حقوقهن فحرم الزيادة على الأربع وندب الى الاقتصار على واحدة خوفا من الجور وترك العدل ، وهذا مأمون من النبي (ص) ولأن النبي (ص) تزوج ثمانى عشرة امرأة ، وقيل : بل خمسة عشر وجمع بين أربعة عشر ، وقيل بل بين أحد عشر ، ومات عن تسع هن عائشة بنت أبي بكر الصديق ، وحفصة بنت عمر ، وأم سلمه بنت أبي أمية ، وأم حبيبة بنت أبي سفيان وميمونة بنت الحارث ، وجويرية بنت الحارث ، وصفية بنت حي ، وزينب بنت جحش ، فهؤلاء ثمان نسوة كان يقسم لهن الى أن مات صلى الله عليه وسلم والتاسعة سودة بنت زمعة كانت وهبت ليلتها لعائشة حتى قال له ربه تعالى

« لا يحل لك النساء من بعد ولا أن تبدل بهن » ثم نسخ هذا التحريم بقوله تعالى « يا أيها النبي انا أحللنا لك أزواجك اللاتي هاجرن معك » الاية .

قال الشافعي رضي الله عنه فمن ذلك أن من ملك زوجة فليس عليه تخييرها وأمر رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يخير نساءه فاخترنه ، ومن ذلك أن الله تعالى خيره صلى الله عليه وسلم بين أن يكون نبياً ملكا وعرض عليه مفاتيح خزائن الدنيا وبين أن يكون نبيا مسكيناً فاختار المسكنة وهي أعلى المنزلتين ومن ثم أمره الله تعالى أن يخير زوجاته فربما كان فيهن من تكره المقام على الشدة تنزيها له ، ومما خص به النبي (ص) أن جعل أزواجه أمهات المؤمنين . قال الشافعي . معنى قوله تعالى « وأزواجه أمهاتهم » في معنى دون معنى وأراد به أن أزواجه اللاتي مات عنهن لا يحل لاحد نكاحهن ومن استحل ذلك كان كافراً .

أما اذا تزوجها ولم يدخل بها ثم فارقها كالكابيه التي قالت أعوذ بالله منك ، فقال لها لقد استعذت بمعاذ الحق بأهلك ، فقيل انه تزوجها عكرمة بن أبي جهل في خلافة الصديق أو خلافة عمر فهم برجمها ، فقيل له انه لم يدخل بها فخلى عنها وقيل ان الذي تزوج منها الاشعث بن قيس الكندي . وقال القاضي أبو الطيب الذي تزوجها المهاجر ابن أبي أميه ولم ينكر أحد ذلك فدل على انه اجماع ؛ ومما خص به النبي (ص) ان الله فضل زوجاته على نساء العالمين . يا نساء النبي لستن كأحد من النساء ان اتقيتن ، وقوله « يا نساء النبي من يأت منكن بفاحشة مبينه يضاعف لها العذاب ضعفين » الى قوله تعالى « وتعمل صالحا نؤتها اجرها مرتين » فجعل حدهن مثلي حد غيرهن لكمالهن وفضيلتهن كما جعل حد الحر مثلي حد العبد وكذلك حسناتهن مضاعفه لهن تفضيلا لهن وتشريفا ، وقد قال الشافعي في كتاب احكام القرآن الذي رواه عنه البيهقي ، وابان من فضله — من المباينه بينه وبين خلقه — فرض عليهم طاعته في غير آية من كتابه ، وافترض عليه اشياء خففها عن خلقه ، قال العمراني وهذا أوضح معنى مما نقله المزني والله تعالى اعلم .

قال المصنف رحمه الله تعالى :

باب ما يصح به النكاح

لا يصح النكاح إلا بولى فان عقدت المرأة لم يصح ، وقال أبو ثور : إن عقدت بإذن الولى صح ، ووجهه أنها من أهل التصرف ، وإنما منعت من النكاح لحق الولى ، فاذا أذن زال المنع كالعبد إذا أذن له المولى فى النكاح ، وهذا خطأ لما روى أبو هريرة رضى الله عنه رفعه « لا تنكح المرأة المرأة ، ولا تنكح المرأة نفسها » ولأنها غير مأمونة على البضع لنقصان عقلها ، وسرعة انخداعها ، فلم يجز تفويضه اليها كالمبذر فى المـــال ، ويخالف العبد فانه منع لحق المولى ؛ فانه ينقص قيمته بالنكاح ، ويستحق كسبه فى المهر والنفقة فزال المنع باذنه ، فان عقد النكاح بغير ولى وحكم به الحاكم ففيه وجهان .

(أحدهما) وهو قول أبى سعيد الإصطخرى : أنه ينقض حكمه ، لأنه مخالف لنص الخبر : وهو ما روت عائشة رضى الله عنها أن النبى صلى الله عليه وسلم قال « أيما إمرأة نكحت بغير إذن وليها ، فنكاحها باطل ، فنكاحها باطل : فنكاحها باطل ، فان اشتجروا فالسلطان ولى من لا ولى له فان أصابها فلها مهرها بما استحل من فرجها » ،

(والثـانى) لا ينقض ، وهو الصحيح ، لأنه مختلف فيه فلم ينقض فيه حكم الحاكم كالشفعة للجار . وأما الخبر فليس بنص لأنه محتمل للتأويل ، فهو كالخبر فى شفعة الجار ، فان وطئها الزوج قبل الحكم بصحته لم يجب الحد .

وقال أبو بكر الصيرفى : إن كان الزوج شافعيا يعتقد تحريمه وجب عليه الحد كما لو وطىء إمرأة فى فراشه وهو يعلم أنها أجنبية ، والمذهب الأول لأنه وطء مختلف فى اباحته فلم يجب به الحد ، كالوطء فى النكاح بغير شهود ، ويخالف من وطىء امرأة فى فراشـه وهو يعلم أنها أجنبية لأنه لا شبهة له فى وطئها ، وان طلقها لم يقع الطلاق . وقال أبو اسحاق : يقع لأنه نكاح مختلف فى صحته ، فوقع

فيه الطلاق كنكاح المرأة فى عدة أختها ، والمذهب الأول ، لأنه طلاق فى غير ملكه فلم يصح كالو طلق أجنبية .

(فصل) وان كانت المنكوحه أمة فوليها مولاها لانه عقد على منفعتها فكان الى المولى كالإجارة ، وان كانت الأمه لإمرأة زوجها من يزوج مولاتها ، لانه نكاح فى حقها فكان الى وليها كنكاحها ، ولا يزوجها الولى الا باذنها لانه تصرف فى منفعتها فلم يجز من غير اذنها ، فان كانت المولاة غير رشيدة نظرت ، فان ان وليها غير الاب والجد ، لم يملك تزويجها ، لانه لا يملك التصرف فى مالها وان كان الاب أو الجد ففيه وجهان .

(أحدهما) لا يملك . لان فيه تغريراً بمالها لانها ربما حبلت وتلفت .

(والثانى) وهو قول أبى اسحاق : انه يملك تزويجها لأنها تستفيد به المهر والنفقه واسترقاق ولدها ، وان كانت المنكوحه حرة فوليها عصباتها وأولاهم الاب ثم الجد ثم الأخ ثم ابن الأخ ثم العم ثم ابن العم ، لأن الولايه فى النكاح تثبت لدفع العار عن النسب ، والنسب الى العصبات ، فان لم يكن لها عصبه زوجها المولى المعتق ، ثم عصبة المولى ، ثم مولى المولى ، ثم عصبته ، لأن الولاء كالنسب فى التعصيب فكان كالنسب فى التزويج ، فان لم يكن فوليها السلطان ، لقوله صلى الله عليه وسلم « فان اشتجروا فالسلطان ولى من لا ولى له » ولا يزوج أحد من الاولياء وهناك من هو أقرب منه ، لانه حق يستحق بالتعصيب فقدم فيه الاقرب فالاقرب كالميراث ، وان استوى اثنان فى الدرجه وأحدهما يدلى بالابوين والآخر بأحدهما كأخوين أحدهما من الاب والام والآخر من الاب ففيه قولان .

قال فى القديم : هما سواء ، لأن الولاية بقرابة الاب وهما فى قرابة الاب سواء ، وقال فى الجديد : يقدم من يدلى بالأبوين لأنه حق يستحق بالتعصيب فقدم من يدلى بالابوين على من يدلى بأحدهما كالميراث ، فان استويا فى الدرجة والإدلاء فالمستحب ان يقدم اسنهما واعلمهما واورعهما ، لأن الأسن اخبر ، والأعلم اعرف بشروط العقد ، والأورع احرص على طلب الحظ ، فان زوج الآخر صح لأن ولايته ثابته ، وان تشاحا اقرع بينهما لأنهما تساويا فى الحق

فقدم بالقرعة كما لو أراد أن يسافر بإحدى المرأتين ، فإن خرجت القرعة لأحدهما فزوج الآخر ففيه وجهان .

(أحدهما) يصح لأن خروج القرعة لأحدهما لا يبطل ولاية الاخر (والثانى) لا يصح لأنه يبطل فائدة القرعة .

(الشرح) حديث أبى هريرة رواه ابن ماجه والدارقطنى والبيهقى ولفظه « لا تزوج المرأة المرأة ، ولا تزوج المرأة نفسها ، فإن الزانية هى التى تزوج نفسها » قال ابن كثير : الصحيح وقفه على أبى هريرة ، وقال ابن حجر : رجاله ثقات وفى لفظ للدارقطنى : كنا نقول : التى تزوج نفسها هى الزانية . قال ابن حجر : فتبين أن هذه الزيادة من قول أبى هريرة ؛ وكذلك رواها البيهقى موقوفة فى طريق ورواها مرفوعة فى أخرى .

أما حديث عائشة رضى الله عنها رواه أحمد وأبو داود وابن ماجه والترمذى وحسنه وأبو عوانة وابن حبان والحاكم عن سليمان بن موسى عن الزهرى عن عروة عن عائشة ، وقد أعل بالإرسال وتكلم فيه بعضهم من جهة أن ابن جريج قال : ثم لقيت الزهرى فسألته عنه فأنكره . وقد عد أبو القاسم بن مندة عدة من رواه عن ابن جريج فبلغوا عشرين رجلا ، وذكر أن معمراً وعبيد الله بن زحر تابعا ابن جريج على روايته إياه عن سليمان بن موسى ، وأن قرة وموسى ابن عقبه ومحمد بن إسحاق وأيوب بن موسى وهشام بن سعد وجماعه تابعوا سليمان ابن موسى عن الزهرى ، قال : ورواه أبو مالك الجنبى ونوح بن دراج ومندل وجعفر بن برقان وجماعه عن هشام بن عروة عن أبيه عن عائشه وقد أعل ابن حبان وابن عدى وابن عبد البر والحاكم وغيره الحكايه عن ابن جريج بإنكار الزهرى ، وعلى تقدير الصحه لا يلزم نسيان الزهرى له أن يكون سليمان بن موسى وهم فيه ، ويؤيد هذا الحديث ما رواه عن أبى موسى الأشعرى عن النبى صلى الله عليه وسلم « لا نكاح إلا بولى » وما رواه أبو داود الطيالسى بلفظ « لا نكاح إلا بولى ، وأيما امرأة نكحت بغير إذن وليها فنكاحها باطل ، باطل ، باطل ، فان لم يكن لها ولى فالسلطان ولى من لا ولى له » .

على أن حديث « لا نكاح إلا بولى » هل يعد النفى متوجها إلى الذات الشرعية لأن الذات الموجودة ، أعنى صورة العقد بدون ولى ليست شرعية ؟ أم يتوجه إلى الصحة التى هى أقرب المجازين إلى الذات فيكون النكاح بغير ولى باطلا كما هو مصرح به فى حديث عائشة ، وكما يدل عليه حديث أبى هريرة المذكور فى أول الفصل ، لأن النهى يدل على الفساد والمرادف للبطلان .

وقد ذهب إلى هذا على ّ وعمر وابن عباس وابن عمر وابن مسعود وأبو هريرة وعائشة والحسن البصرى وابن المسيب وابن شبرمة وابن أبى ليلى والعترة وأحمد وإسحاق والشافعى وجمهور أهل العلم . فقالوا لا يصح العقد بدون ولى . وقال ابن المنذر : إنه لا يعرف عن أحد من الصحابة خلاف ذلك

وحكى فى البحر عن أبى حنيفة أنه لا يعتبر الولى مطلقاً لحديث « الثيب أحق بنفسها من وليها » وسيأتى . وأجيب بأن المراد اعتبار الرضى منها جمعاً بين الاخبار وعن أبى يوسف ومحمد للولى الخيار فى غير الكفء وتلزمه الإجازة فى الكفء . وعن مالك يعتبر الولى فى الرفيعة دون الوضيعة . وأجيب عن ذلك بأن الادلة لم تفصل . وعن الظاهرية أنه يعتبر فى البكر فقط . وأجيب عنه بأن الأدلة لم تفرق . وقال أبو ثور يجوز لها أن تزوج نفسها بإذن وليها أخذاً بمفهوم قوله « وأيما امرأة نكحت بغير إذن وليها »

ويجاب عن ذلك بحديث أبى هريرة الذى ساقه المصنف فى أول الفصل ، والمراد بالولى هو الأقرب من العصبة من النسب ثم من السبب ثم من عصبته . وليس لذوى السهام ولا لذوى الأرحام ولاية . وهذا مذهب الجمهور . وروى عن أبى حنيفه أن ذوى الارحام من الاولياء ، فإذا لم يكن ثم ولى أو كان موجوداً وعضل انتقل الامر الى السلطان لأنه ولى من لا ولى له كما أخرجه الطبرانى من حديث ابن عباس . وفى إسناده الحجاج بن أرطاة

قال الشافعى رضى الله عنه فى باب « لا نكاح إلا بولى » من الأم ، زعم بعض أهل العلم بالقرآن أن معقل بن يسار كان زوَّج أختاً له ابن عم له ، فطلقها ثم أراد الزوج وأرادت نكاحه بعد مضى عدتها فأبى معقل . وقال زوجتك

وآثرتك على غيرك فطلقتها ، لا أزوجكها أبداً فنزل « وإذا طلقتم النساء فبلغن أجلهن » يعني فانقضى أجلهن يعني عدتهن « فلا تعضلوهن » يعني أولياءهن « أن ينكحن أزواجهن » إن طلقوهن ولم يبتوا طلاقهن ، وما أشبه معنى ما قالوا من هذا بما قالوا ، ولا أعلم الآية تحتمل غيره لأنه إنما يؤمر بأن لا يعضل المرأة من له سبب إلى العضل بأن يكون يتم به نكاحها من الاولياء ، والزوج اذا طلقها فانقضت عدتها فليس بسبيل منها فيعضلها ، وإن لم تنقض عدتها فقد يحرم عليها أن تنكح غيره وهو لا يعضلها عن نفسه ، وهذا أبين ما في القرآن من أن للولي مع المرأة في نفسها حقا ، وأن على الولي أن لا يعضلها اذا رضيت أن تنكح بالمعروف . قال الشافعي وجاءت السنه بمثل معنى كتاب الله عز وجل أخبرنا مسلم وسعيد وعبد المجيد عن ابن جريج عن سليمان بن موسى عن ابن شهاب عن عروة ابن الزبير عن عائشة أن رسول الله (ص) قال « أيما امرأة نكحت بغير اذن وليها فنكاحها باطل ، فنكاحها باطل ، فنكاحها باطل ، فإن أصابها فلها الصداق بما استحل من فرجها » وقال بعضهم في الحديث فإن اشتجروا وقال غيره منهم ، فإن اختلفوا فالسلطان ولي من لا ولي له . أخبرنا مسلم وسعيد عن ابن جريج . قال أخبرني عكرمه بن خالد قال جمعت الطريق ركبا فيهم امرأة ثيب فولت رجلا منهم أمرها فزوجها رجلا فجلد عمر بن الخطاب الناكح ورد نكاحها

قال الشافعي فأي امرأة نكحت بغير اذن وليها فلا نكاح لها ، لان النبي (ص) قال فنكاحها باطل . وان أصابها فلها صداق مثلها بما اصاب منها بما قضى لها به النبي (ص) وقال العمراني في البيان وهذا الخبر — يعني حديث عائشه — دليل على من خالفنا الا ابا ثور فإنه يقول ، لما ابطل النبي (ص) نكاحها بغير اذن وليها دل على انه يصح باذن وليها .

ودليلنا عليه ان المراد ههنا بالإذن لغيرها من الرجال بدليل قوله صلى الله عليه لا تنكح المرأة المرأة ولا تنكح المرأة نفسها ولم يفرق بين ان يكون ذلك باذن الولي او بغير اذنه .

اذا ثبت هـذا فإن اصحابنا قد ذكروا في حديث عائشه فوائد (١) ان للولي

شركا فى بضعها لأنه أبطل نكاحها بغير إذنه (٢) ان الولاية ثابتة على جميع النساء لأن لفظ أى مراد به العموم (٣) ان الصلة جائزة فى الكلام لقوله «أيما» ومعناه أى امرأة (٤) ان للولى أن يوكل فى عقد النكاح (٥) ان مطلق النكاح فى الشريعة ينصرف الى العقد، لأن المعنى أيما امرأة عقدت (٦) جواز إضافة النكاح اليها (٧) ان اسم النكاح يقع على الصحيح والفاسد (٨) ان النكاح الموقوف لا يصح لأنه لو كان صحيحاً لما ابطله (٩) ان الشىء إذا كان بينا فى نفسه جاز أن يؤكد بغيره لأنه لو اقتصر على قوله فنكاحها باطل لكان بينا، فأكد بالتكرار، وهو كقوله تعالى «فصيام ثلاثة أيام فى الحج وسبعة إذا رجعتم تلك عشرة كاملة» وكقوله تعالى «وواعدنا موسى ثلاثين ليلة وأتممناها بعشر فتم ميقات ربه أربعين ليلة» (١٠) وطء الشبهة يوجب المهر (١١) ان اللمس كناية عن الوطء (١٢) انه إذا مس سائر بدنها غير الفرج فلا مهر عليه (١٣) قال الصيمرى: إن القبل والدبر سواء لأن كله فرج (١٤) انه لا فرق بين الخصى والفحل (١٥) لا فرق بين قوى الجماع وضعيفه (١٦) انه لا فرق بين أن ينزل أو لا ينزل (١٧) لا فرق بين أن يجامعها مرة أو مراراً (١٨) انه يجوز ان يثبت له وعليه حتى يجهل قدره (١٩) ان النكاح الفاسد اذا لم يكن فيه جماع فلا مهر فيه (٢٠) أن مهر المثل يتوصل الى العلم به (٢١) أن المهر يجب مع العلم بتحريم الوطء ومع الجهل به لأنه لم يفرق (٢٢) المكره يجب عليه المهر، لأن المكره مستحل لفرج المكرهة (٢٣) أن المهر لا يجب إلا بخلوة، لأنه شرط اللمس فى الفرج (٢٤) أنه لا حد فى وطء الشبهة (٢٥) قال الشيخ أبو حامد: إن النسب يثبت بالوطء فى الشبهة (٢٦) إن العدة تجب على الموطوءة بالشبهة لأن النسب إذا لحق به أوجب العدة

(٢٧) أن تحريم المصاهرة يثبت بوطء الشبهة (٢٨) أن المرأة يجوز أن يكون لها جماعة أولياء لقوله صلى الله عليه وسلم «فإن اشتجروا» فهذا إخبار عن جمع (٢٩) أن السلطان ولى من لا ولى لها

(٣٠) ان الاولياء اذا عضلوا المرأة عن النكاح انتقلت الى السلطان، لأن الاختلاف المراد فى الخبر أن يقول كل واحد منهم: لا أزوجها بل زوجها أنت

فأما اذا قال كل واحد منهم : أنا أزوجها دونك ؛ فلا تنتقل إلى السلطان .

(فرع) إذا تزوج الرجل امرأة من نفسها ثم ترافعا إلى حاكم شافعي أو حنبلي لأن الظاهر من مذهب أحمد بطلان النكاح بغير ولي وشاهدين كما في المغني لابن قدامة — فإن كانا لم يترافعا إلى حاكم حنفي قبله حكم الشافعي بفساده وفرق بينهما لأنه يعتقد بطلانه ، وان كانا قد ترافعا قبله الى حاكم حنفي فحكم بصحته فهل ينقض الشافعي حكمه . فيه وجهان

قال أبو سعيد الاصطخري : ينقض حكمه ويحكم بفساده ، لأن حكمه مخالف لنص النبي صلى الله عليه وسلم ، وهو قوله صلى الله عليه وسلم فنكاحها باطل .

والثاني — وهو الأصح — أنه لا يصح حكمه بفساده ، لان حكم الأول وقع بما يسوغ فيه الاجتهاد فهو كالحكم بالشفعة للجار

(فرع) وإن تزوج رجل امرأة من نفسها ووطئها ، فان لم يعلم بتحريم الوطء بأن كان جاهلا لا يعلم تحريمه أو عاميا فقلد مجتهداً يرى تحليله ، أو كان الواطىء حنفيا يرى تحليله فلا حد عليه لأنه موضع شبهة . وان كان الواطىء شافعيا يعتقد تحريمه ففيه وجهان .

قال أبو بكر الصيرفي : عليه الحد لما روى ابن عباس رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال « البغي من انكحت نفسها بغير ولي ولا بينة » قال في المغني شرح مختصر الخرقي : ولا حد في وطء النكاح الفاسد سواء اعتقد حله أو حرمته وعن أحمد ما يدل على أنه يجب الحد بالوطء في النكاح بلا ولي إذا اعتقد حرمته ، وهو اختيار السمرقندي من أصحاب الشافعي لما روى الدارقطني بإسناده عن ابي هريرة قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « لا تزوج المرأة المرأة ، ولا تزوج المرأة نفسها ، ان الزانية هي التي تزوج نفسها »

وبإسناده عن الشعبي قال : ما كان احد من اصحاب النبي صلى الله عليه وسلم اشد في النكاح بغير ولي من علي رضي الله عنه كان يضرب فيه . اه

ولخبر عمر الذي فيه انه جلد الناكح ، ولا مخالف له ، ولأن أكثر ما فيه حصول الاختلاف في إباحته ، وذلك لا يوجب اسقاط الحد فيه كشرب النبيذ

والثاني وهو قول أكثر أصحابنا ، وهو المذهب أنه لا حد عليه لقوله صلى الله عليه وسلم ادرءوا الحدود بالشبهات . وحصول الاختلاف في إباحته من أعظم الشبهات ولأن النبي صلى الله عليه وسلم لم يوجب الحد في حديث عائشة

وأما قوله في رواية الدارقطني « فإن الزانية هي التي تزوج نفسها » فقد أخرجه أيضاً البيهقي . قال ابن كثير : الصحيح وقفه على أبي هريرة . وفي لفظ : للدارقطني كنا نقول التي تزوج نفسها هي الزانية .

قال الحافظ ابن حجر : فتبين أن هذه الزيادة من قول ابي هريرة ، وكذلك رواها البيهقي موقوفة في طريق ورواها مرفوعة في أخرى . فتسميتها بالبغي أو الزانية إذا صحت روايات الرفع حمل على سبيل المجاز لتعلق بعض حكم البغي عليها وهو تحريم الوطء .

فأما جلد عمر لها فكان على جهة التعزير لا على جهة الحد ، بدليل أنه جلد المنكح وهو بالإجماع لا حد عليه .

وأما النبيذ فالفرق بينهما أن هذا الوطء بين الزنا والوطء في النكاح الصحيح وشبهه بالوطء في النكاح الصحيح أكثر بدليل أنه يجب فيه المهر والعدة ويلحق به النسب ، وانما يشبه الزنا بتحريم الوطء لا غير ، فكان إلحاقه بالوطء في النكاح الصحيح في اسقاط الحد أولى والنبيذ ليس له الا أصل واحد يشبهه وهو الخمر لأنه شراب فيه شدة مطربة وليس في الأشربة ما يشبه الخمر غيره فألحقناه به .

* * *

(فرع) ولو تزوج رجل امرأة من نفسها ثم طلقها فهل يقع الطلاق عليها فيه وجهان :

قال أبو اسحاق المروزي : يقع عليها طلاقه لأنه نكاح مختلف في صحته فوقع فيه الطلاق ، كما لو تزوج امرأة ودخل بها وطلقها طلاقا بائنا ثم يتزوج أختها أو عمتها قبل انقضاء عدة الأولى ، فإن نكاح الثانية مختلف في صحته ، لأن مذهبنا أنه يصح ، ومذهب ابي حنيفة واصحابه انه لا يصح ، ولو طلق الثانية لوقع عليها الطلاق وان كان مختلفاً في نكاحها فكذلك هذه مثلها

والوجه الثانى وهو المنصوص : أنه لا يقع عليها طلاقه ، لأن الطلاق قطع الملك ، فإذا لم يقع هناك ملك لم يقع الطلاق ، كما لو اشترى عبداً شراء فاسداً ثم اعتقه ، ويخالف إذا تزوج إمرأة ودخل بها فى عدة أختها فإن النكاح عندنا صحيح فلذلك وقع عليها الطلاق وههنا النكاح عندنا غير صحيح فلم يقع عليها الطلاق .

(فرع) النكاح الموقوف على الإجازة لا يصح عندنا سواء كان موقوفا على إجازة الولى أو الزوج أو الزوجة ، فالموقوف على إجازة الولى أن يتزوج الرجل إمرأة من رجل ليس بولى لها ويكون موقوفا على إجازة وليها ، أو تزوج الأمة نفسها أو العبد نفسه بغير إذن السيد ، ويكون موقوفا على إذن السيد . وأما الموقوف على إجازة الزوج بأن يزوج الرجل إمرأة بغير إذنه ، ويكون ذلك موقوفا على إجازته . وأما الموقوف على اذن الزوجة بأن يزوج الولى امرأة يشترط اذنها فى النكاح بغير اذنها ويكون موقوفا على اجازتها : فجميع هذه الأنكحة لا تصح عندنا ، وبه قال أحمد رضى الله عنه .

وقال أبو حنيفة : تصح هذه الأنكحة ، فإن أجاز ذلك الموقوف على رضاه لزم ، وان رده بطل . وقال مالك : يجوز أن يقف النكاح مدة قريبة ، فان تطاول الزمان بطل .

دليلنا ما قدمنا من أحاديث « فنكاحها باطل » وحديث « أيما عبد تزوج بغير اذن سيده فهو عاهر » .

(فرع) المرأة لا تتوكل فى قبول النكاح ولا فى ايجابه ، وقال أبو حنيفة : اذا وكل الولى امرأة فى ايجاب النكاح أو وكلها الزوج فى القبول صح . دليلنا قوله صلى الله عليه وسلم « لا تنكح المرأة المرأة ولا تنكح المرأة نفسها » وهذا عام وروى عن ابن عمر وابن عباس وأبى موسى الأشعرى وأبى هريرة رضى الله عنهم أنهم قالوا : المرأة لا تقبل عقد النكاح ، ولا مخالف لهم ، وروى عن عائشة رضى الله عنها أنها حضرت نكاحاً فخطبت ثم قالت : اعقدوا فإن النساء لا يعقدن فدل على انه اجماع .

(فرع) اذا كانت المنكوحة حرة فأولى الولاة بتزويجها الأب لأن سائر

الأولياء يدلون به ، ولأن القصد بالولى طلب الحظ لها والأب أشفق عليها ، وأطلب للحظ لها من غيره ، فان لم يكن أب وهناك جد أو أب أو جد من أجداد الأب الوارثين وإن علا فهو أولى من الأخ .

وحكى عن مالك أنه قال : الأخ أولى من الجد . دليلنا أن الجد له ولادة وتعصيب فكان مقدماً على الاخ كالاب ، فان قيل هلا قلتم إن الجد يساوى الاخ فى الولاية كما قلتم فى الميراث ؟ قلنا الفرق بينهما أن الميراث مستحق بالتعصيب المحض ، ولهذا قدم الإبن على الاب فى الميراث والاخ يساوى الجد فى التعصيب أو هو أقوى من الجد فى التعصيب بدليل أنه يعصب أخواته وإنما لم يقدم عليه فى الميراث للإجماع فلذلك سوينا بينهما فى الإرث ، والولاية فى النكاح تستحق بالشفقة وطلب الحظ ، بدليل أن الابن لا ولاية له على أمه لذلك . والجد أكثر شفقه عليها من الاخ فكان أولى ، فإن عدم الاجداد من قبل الاب انتقلت الولاية إلى الإخوة للأب والأم أو الأب ثم إلى بنيهم ويقدمون على الاعمام وبنيهم لأنهم يدلون بالأب ، والاعمام يدلون بالجد ، والاب أقرب من الجد ، فإن عدم الاخ وبنوهم انتقلت الولاية للاعمام ثم الى بنيهم ، ويقدمون على أعمام الأب وبنيهم ، لان الاعمام يدلون بالجد . وأعمام الاب يدلون بابن الجد وعلى هذا يقدم الاقرب فالاقرب كما قلنا فى الميراث .

(فرع) وإن اجتمع وليان أحدهما يدلى بالاب والام ، والاخر يدلى بالاب كاخوين أو عمين ، أو ابنا عم أحدهما لاب وأم والاخر لاب ففيه قولان ، قال فى القديم هما سواء ، وبه قال مالك وأحمد وأبو ثور ، لان ولاية النكاح تستفاد بالانتساب الى الاب بدليل أن الاخ للام لا ولاية له فى النكاح ، وهما فى الانتساب إلى الأب سواء فاستويا فى الولاية .

وقال فى الجديد ان المدلى بالاب والام أولى ، وبه قال أبو حنيفة وهو الصحيح لقوله تعالى « فقد جعلنا لوليه سلطاناً » ولو قتل رجل وله أخ لأب وأم أو أخ لاب كان القصاص للاخ للاب والام دون الاخ للاب فثبت انه لا ولاية له معه

ولأنه حق يستحق بالتعصيب فقدم المدلى بالابوين على المدلى بأحدهما كالإرث وهكذا القولان فى التقدم فى الصلاة على الميت وفى العقل ، وأما الارث والولاء والوصية للأقرب ، فان المدلى بالأب والأم أولى قولا واحداً ، وإن اجتمع ابنا عم أحدهما معتق أو أخ فهل يقدم فى ولاية النكاح والصلاة على الميت والعقل فيه قولان كأخوين أحدهما لاب وأم والآخر لاب ، وإن اجتمع ابنا عم أحدهما خال لم يقدم قولا واحداً ؛ إلا انه لا مدخل للخئولة فى الميراث .

(فرع) وإن اجتمع للمرأة اولياء فى درجة واحدة كالاخوة او بنيهم والاعمام او بنيهم فالمستحب ان يقدم اكبرهم سنا واعلمهم واورعهم لما روى ان حويصة ومحيصه دخلا على النبى صلى الله عليه وسلم فبدأ محيصه بالكلام ، فقال النبى صلى الله عليه وسلم كبر كبر : يعنى قدم اخاك فى الكلام لانه أكبر سناً منك ، ولان الأكبر اخبر بالناس فكان اولى ، والأعلم اعرف بشروط العقد ، والأورع احرص على طلب الحظ لها ، فإن زوجها احدهم باذنها من غير إذن الباقين صح ، وإن كان اصغرهم سنا لقوله صلى الله عليه وسلم اذا انكح الوليان فالأول احق ، ولأن كل واحد منهم ولى ، وان تشاجرا وقال كل واحد منهم انا ازوج ولم يقدموا الاكبر الاعلم الاورع اقرع بينهم لاستواء استحقاقهم فى الولاية كما روى ان النبى صلى الله عليه وسلم كان اذا اراد ان يسافر باحدى نسائه اقرع بينهن ، فان خرجت القرعة لاحدهم فزوج او اذن لغيره من الاولياء الباقين او غيرهم صح وان زوج واحد ممن لم تخرج عليه القرعة باذن المرأة ففيه وجهان .

(أحدهما) يصح لأن خروج القرعة لأحدهم لا تبطل ولاية الباقين كما لو زوجها أحدهم قبل القرعة .

(والثانى) لا يصح لان الفائدة فى خروج القرعة ان تتعين الولاية لمن خرجت له ، فلو صححنا عقد غيره بغير اذنه لبطلت فائدة القرعة ، والله تعالى اعلم .

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) ولا يجوز للإبن ان يزوج أمه بالبنوة لان الولاية ثبتت للاولياء لدفع العار عن النسب ولا نسب بين الابن والأم ، وان كان للابن تعصيب بأن

كان ابن ابن عمها جاز له أن يزوج لأنهما يشتركان فى النسب . فان كان لها ابنا ابن عم أحدهما ابنها فعلى القولين فى أخوين أحدهما من الأب والأم والآخر من الأب

(فصل) ولا يجوز أن يكون الولى صغيراً ولا مجنوناً ولا عبداً لأنه لا يملك العقد لنفسه فلا يملكه لغيره ، واختلف أصحابنا فى المحجور عليه لسفه ، فمنهم من قال : يجوز أن يكون وليا لأنه إنما حجر عليه فى المال خوفا من اضاعته وقد أمن ذلك فى تزويج ابنته لجاز له ان يعقد كالمحجور عليه للفلس ، ومنهم من قال : لا يجوز لأنه ممنوع من عقد النكاح لنفسه فلم يجز أن يكون وليا لغيره ، ولا يجوز أن يكون فاسقا على المنصوص ، لأنها ولاية فلم تثبت مع الفسق كولاية المال . ومن أصحابنا من قال : إن كان أبا أو جداً لم يجز ، وإن كان غيرهما من العصبات جاز ، لأنه يعقد بالاذن لجاز أن يكون فاسقا كالوكيل .

ومن أصحابنا من قال : فيه قولان (أحدهما) لا يجوز لما ذكرناه (والثانى) يجوز لانه حق يستحق بالتعصيب فلم يمنع منه الفسق كالميراث والتقدم فى الصلاة على الميت ، وهل يجوز أن يكون أعمى ؟ فيه وجهان .

(أحدهما) يجوز ، لان شعيبا عليه السلام كان أعمى وزوج ابنته من موسى صلى الله على نبينا وعليهم وسلم .

(والثانى) لا يجوز ، لأنه يحتاج إلى البصر فى اختيار الزوج ، ولا يجوز للمسلم أن يزوج ابنته الكافرة ، ولا للكافر أن يزوج ابنته المسلمة لأن الموالاة بينهما منقطعة ، والدليل عليه قوله تعالى « والمؤمنون والمؤمنات بعضهم أولياء بعض » ، وقوله سبحانه « والذين كفروا بعضهم أولياء بعض » ولهذا لا يتوارثان ويجوز للسلطان أن يزوج نساء أهل الذمة ، لان ولايته تعم المسلمين وأهل الذمة ولايجوز للكافر أن يزوج أمته المسلمة ، وهل يجوز للمسلم أن يزوج أمته الكافرة فيه وجهان (أحدهما) يجوز ، وهو قول أبى إسحاق وأبى سعيد الاصطخرى وهو المنصوص ، لأنها ولاية مستفادة بالملك فلم يمنع منها اختلاف الدين كالولاية فى البيع والاجارة (والثانى) لايجوز ، وهو قول أبى القاسم الداركى لانه إذا لم يملك تزويج الكافرة بالنسب فلأن لا يملك بالملك أولى .

(الشرح) قال الشافعي رضي الله عنه : ولا يزوج المرأة ابنها إلا أن يكون عصبه ، وبيان ذلك أن الابن لا ولاية له على أمه فى النكاح من جهة البنوة . وقال مالك وأبو حنيفة وأبو يوسف ومحمد وأحمد بن حنبل وإسحاق رحمهم الله تعالى : يثبت له عليها ولاية النكاح بالبنوة ، واختلفوا فى ترتيب ولايته فذهب مالك وابو يوسف وإسحاق إلى انه مقدم على الأب ، وذهب محمد واحمد إلى ان الاب مقدم عليه ، وذهب ابو حنيفة إلى انهما سواء .

دليلنا على انه لا ولاية له ان بين الابن وامه قرابة لا ينسب احدهما الى الآخر ولا ينتسبان الى من هو اعلى منهما : فلم يكن له عليها ولاية كابن الاخت .

قال الشافعي رضي الله عنه : ولان ولاية النكاح انما وضعت طلباً لحظ المرأة والاشفاق عليها والابن يعتقد ان تزويج امه عار عليه فلا يطلب لها الحظ ، ولا يشفق عليها فلم يستحق الولاية عليها ، وان كان ابنها من عصبتها بأن كان ابن ابن عمها كان وليا لها فى النكاح لأنهما لا ينتسبان إلى من هو اعلى منهما لجاز له تزويجها كتزويج الأخ لاخته للاب ، وان كان لها ابنا ابن عم احدهما ابنها ففيه قولان .

(احدهما) انهما سواء (والثانى) ان ابنها اولى كالقولين فى الاخوين احدهما لأب وام والآخر لأب ، وهكذا اذا كان ابنها مولاها او كان حاكما فله عليها ولاية من جهة الولاء والحكم لا من جهة البنوة .

(فرع) وان كانت له اخت لام لا قرابه بينهما غير ذلك لم يملك تزويجها . وقال ابو حنيفة فى احدى الروايتين : له تزويجها .

دليلنا انه لا تعصيب بينهما فلم يملك تزويجها كالاجنبي .

(فرع) قال الشافعي فى البويطى : لا يكون الولى الا مرشداً . وقال فى موضع آخر وولى الكافرة كافر ، وهو يقتضى ثبوت الولايه للفاسق ، واختلف اصحابنا فى الفاسق هل هو ولى فى النكاح ام لا ؟ على خمسة طرق فقال الشيخ ابو حامد : الفاسق ليس بولى فى النكاح قولا واحداً .

وقال القفال الفاسق يولى فى النكاح قولا واحداً . وقال ابو اسحاق المروزي

ان كان الولى ممن يجبر على النكاح كالاب والجد فى تزويج البكر لم يصح أن يكون فاسقاً لأنه يزوج بالولاية ، والولاية لا تثبت مع الفسق . كفسق الحاكم والوصى وان كان ممن لا يجبر على النكاح كمن عدا الأب والجد من الاولياء ، وكتزويج الاب والجد للثيب صح تزويجه ، وان كان فاسقا . لأنه يزوج باذنها فهو كالوكيل ومن أصحابنا من قال : ان كان الفاسق مبذراً فى ماله لم يجز أن يكون ولياً فى النكاح ؛ وان كان رشيداً فى أمر دنياه كان وليا فى النكاح . ومن أصحابنا من قال فيه قولان (أحدهما) أن الفاسق ولى فى النكاح بكل حال . وهو قول مالك وأبى حنيفة لقوله تعالى « وأنكحوا الايامى منكم » وهذا خطاب الأولياء ، ولم يفرق بين العدل والفاسق ، ولأن الكافر لما ملك تزويج ابنته الكافرة — والمسلم الفاسق أعلا منه — فلأن يملك تزويج وليته أولى

(والثانى) لا يصح أن يكون وليا بحال ، وهو المشهور من المذهب لما روى أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : لا نكاح الا بولى .

وروى عن ابن عباس رضى الله عنهما أنه قال « لا نكاح الا بولى مرشد وشاهدى عدل ، ولا مخالف له ، والمرشد من أسماء المدح ، والفاسق ليس بممدوح ؛ ولأنه تزويج فى حق غيره فنافاه الفسق فى دينه كفسق الحاكم ، فقولنا تزويج ، احتراز من ولاية القصاص ؛ وقولنا فى حق غيره ، احتراز من تزويج الفاسق لأمته فإنه تزويج فى حقه ، بدليل أنه يجب له المهر . وقولنا فى دينه ، احترازمن تزويج الكافر لإبنته الكافرة ، لأنه ليس بفسق فى دينه ، ولأن الولى انما اشترط فى العقد لئلا تحمل المرأة شهوتها على أن تلق نفسها فى أحضان غير كفء ، وتزوج نفسها فى العدة ، فيلحق العار بأهلها وهذا المعنى موجود فى الفاسق لأنه لا يؤمن أن يحمله فسقه على أن يضع المرأة فى أحضان غير كفء ، ويزوجها فى العدة ، فيلحق العار بأهلها . فلم يجز أن يكون وليا

وأما الآية فلا نسلم له أنها تنصرف الى الفاسق لأنه ليس بولى عندنا ، فإن سلمنا فإن عمومها مخصص بالخبر وأما الكافر فإنما يصح أن يزوج ابنته الكافرة اذا كان رشيداً فى دينه لأنه مقر عليه بخلاف الفاسق

اذا ثبت هذا وقلنا الفاسق ليس بولى فقد قال المسعودى : واختلف أصحابنا

فى الفسق الذى يخرجه عن ولاية النكاح ، فمنهم من قال : شرب الخمر فحسب ، لأنه إذا كان يشربها فإنه يميل إلى من هو فى مثل حاله ، ومنهم من قال : جميع الفسق بمثابته .

(فرع) قال الشافعى رضى الله عنه : وإن كان الولى سفيها أو ضعيفاً غير عالم بموضع الحظ ، أو سقيما مؤلما أو به علة تخرجه عن الولاية فهو كمن مات ، فإذا صلح صار ولياً . قال أصحابنا : أما السفيه فله تأويلان (أحدهما) أنه أراد الصغير (والثانى) أنه أراد به الشيخ الذى قد ضعف نظره عن معرفة موضع الحظ . وأما السقيم فمن كان به سقم شديد قد نقص نظره وأخرجه عن طلب الحظ . وأما المؤلم وهو صفة السقيم ، وهو السقيم الذى اشتد به الألم إلى أن أخرجه عن النظر . وروى أو سقيما موليا ، فيكون معناه السقيم الذى صار مولى من قلة تمييزه . وأما الذى به علة فالمراد به اذا قطعت يده أو رجله أو أصابه جرح عظيم أخرجه عن حد التمييز فإن ولايته تزول ، فإن زالت هذه الأسباب عادت ولايته ، لأن المانع وجود هذه الاسباب فزال المنع بزوالها

(فرع) قال أبو على الطبرى : إذا كان الولى يجن يوما ويفيق يوما ، أو يغمى عليه يوما ويفيق يوما ، فهل يخرجه ذلك من الولايه ؟ فيه وجهان . وأما السكران فان قلنا إن الفاسق ليس بولى وهذا فاسق . وإن قلنا الفاسق ولى فهل يخرج السكران من الولايه ؟ فيه وجهان كالمجنون غير المطابق والإحرام فى الحج هل يخرجه من الولاية ؟ فيه وجهان ، فان قلنا يخرجه زوّجها من دونه من الأولياء ، وإن قلنا لا يخرجه زوّجها السلطان . وأما الاخرس إذا كان له إشارة مفهومة كان وليا فى النكاح ، وإن لم يكن له اشارة مفهومة فليس بولى فى النكاح .

(فرع) وهل يصح أن يكون الاعمى وليا فى النكاح ؟ فيه وجهان

(أحدهما) لا يصح لأنه قد يحتاج الى النظر فى اختيار الزوج لها ، لئلا يزوجها بمعيب أو دميم

(والثانى) يصح ، وهو الصحيح ، لأن شعيبا عليه السلام كان أعمى وزوج ابنته من موسى عليه السلام .

(فرع) قال الشافعي رضى الله عنه : وولى الكافرة كافر ، ولا يكون المسلم ولى الكافرة إلا على أمته. وبيان ذلك أنه إذا كان للكافر ابنة مسلمة فإنه لا ولاية له عليها ، فإن كان لها ولى مسلم زوجها وإلا زوجها الحاكم لقوله تعالى : والمؤمنون والمؤمنات بعضهم أولياء بعض .

وروى أن النبي صلى الله عليه وسلم لما أراد أن يتزوج أم حبيبة بنت أبي سفيان وكانت مسلمة وأبو سفيان لم يسلم ، وكل النبي صلى الله عليه وسلم عمرو بن أمية الضمرى فتزوجها من ابن عمها خالد بن سعيد بن العاص ، وكان مسلما ، وإن كان للمسلم ابنة كافرة فلا ولاية له عليها لقوله تعالى « والذين كفروا بعضهم أولياء بعض » فدل على أنه لا ولاية للمسلم عليها ، فإن كان لها ولى كافر زوجها للآية ، وإن لم يكن لها ولى كافر زوجها الحاكم لقوله صلى الله عليه وسلم : فالسلطان ولى من لا ولى له . ولم يفرق بين المسلم وغيره ؛ ولأن ولايته عامة فدخل فيها المسلم والكافر .

وإن كان للمسلم أمة كافرة فهل له عليها ولاية في النكاح ، فيه وجهان : من أصحابنا من قال له عليها ولاية ، وهو المنصوص في الام ، لأنها ولاية مستفادة بالملك فلم يمنع اختلاف الدين كالفسق لما لم يؤثر في منع تزويج أمته ، فكذلك كفرها . ومنهم من قال ليس بولى لها ؛ لأنه اذا لم يملك تزويج ابنته الكافرة فلأن لا يملك تزويج أمته الكافرة أولى . وحمل النص على الولاية في عقد البيع والاجارة ، والأول أصح ، وان كان للكافر أمة مسلمة فهل له أن يزوجها . قال ابن الصباغ فيه وجهان كما قلنا في تزويج المسلم لأمته الكافرة ، والله أعلم

قال المصنف رحمه الله :

(فصل) وان خرج الولى عن أن يكون من أهل الولاية بفسق أو جنون انتقلت الولاية الى من بعده من الاولياء لأنه بطلت ولايته فانتقلت الولاية الى من بعده ، كما لو مات ، فان زال السبب الذى بطلت به الولاية عادت الولاية لزوال السبب الذى أبطل ولايته ؛ فإن زوجها من انتقلت اليه قبل أن يعلم بعود ولاية الاول ففيه وجهان بناء على القولين في الوكيل إذا باع ما وكل في بيعه قبل

أن يعلم بالعزل ، وان دعت المنكوحة إلى كفؤ فعضلها الولى زوجها السلطان لقوله صلى الله عليه وسلم : فان اشتجروا فالسلطان ولى من لا ولى له ، ولأنه حق توجه عليه تدخله النيابة . فاذا امتنع قام السلطان مقامه كما لو كان عليه دين فامتنع من أدائه ، وان غاب الولى الى مسافة تقصر فيها الصلاة زوجها السلطان ولم يكن لمن بعده من الأولياء أن يزوج لأن ولاية الغائب باقية ؛ ولهذا لو زوجها فى مكانه صح العقد وإنما تعذر من جهته فقام السلطان مقامه ، كما لو حضر وامتنع من تزويجها ، فان كان على مسافة لا تقصر فيها الصلاة ففيه وجهان

(أحدهما) لا يجوز تزويجها الا باذنه لانه كالحاضر

(والثانى) يجوز للسلطان أن يزوجها لانه تعذر استئذانه فأشبه اذا كان فى سفر بعيد ، ويستحب للحاكم اذا غاب الولى وصار التزويج اليه أن يأذن لمن تنتقل الولاية اليه ليزوجها ليخرج من الخلاف ، فان عند أبى حنيفة أن الذى يملك التزويج هو الذى تنتقل الولاية اليه .

(الشرح) قال الشافعى رضى الله عنه : ولا ولاية لأحد وثم أولى منه ، وجملة ذلك أنه اذا كان للمرأة وليان أحدهما أقرب من الآخر ؛ فان الولاية للأقرب فان زوجها من بعده لم يصح . وقال مالك يصح . دليلنا أنه حق مستحق بالتعصيب فلم يثبت للأبعد مع الأقرب كالميراث ، فان خرج الاقرب عن أن يكون ولياً باختلاف الدين أو الفسق أو الجنون أو الصغر انتقلت الولاية الى الولى الابعد ، لأن النبى صلى الله عليه وسلم تزوج أم حبيبة من ابن عمها مع وجود أبيها لكون أبيها كافراً . واذا ثبت ذلك فى الكفر كان الفسق والجنون والصغر مثله ، لأن الجميع يمنع ثبوت ولاية النكاح .

وان أعتق رجل أمة ومات وخلفت ابنا صغيرا وأخا لأب كبيراً وأرادت الجارية النكاح ولا مناسب لها فلا أعلم فيها نصاً ، والذى يقتضى المذهب أن ولاية نكاحها لأخ المعتق ، لأن الولاية فى الولاء فرع عن ولاية النسب وولاية أبيه الميت لأخيه مادام الابن صغيراً . وكذلك ولاية المعتقة

(فرع) وان زال السبب الذى أوجب قطع الولاية فى الاقرب عادت ولايته

لأن المانع قد زال . فان كان الولى الأبعد قد زوّجها قبل زوال المانع صح النكاح وإن زوجها بعد زوال المانع وبعد علمه بزوال المانع لم يصح كما لو باع الوكيل ما وكل فى بيعه بعد العزل وبعد علمه بالعزل ، وإن زوج بعد زوال المانع وقبل علمه بزواله ففيه وجهان بناء على القولين فى الوكيل اذا باع بعد العزل وقبل علمه بالعزل

(فرع) وان دعت المرأة أن تزوج لكفؤ فامتنع الولى زوّجها الحاكم ، ولا تنتقل الى من عدا العاضل من الأولياء لقوله صلى الله عليه وسلم ، فان اشتجروا فالسلطان ولى من لا ولى له ، ولأن النكاح حق لها فاذا تعذر ذلك من جهة وليها كان على الحاكم استيفاؤه ، كما لو كان على رجل دين فامتنع من بذله فان الحاكم ينوب عنه فى الدفع من مال الممتنع .

﴿ فرع ﴾

قال الشافعى رضى الله عنه : فان كان أولاهم به مفقوداً أو غائباً غيبة بعيدة كانت أو قريبة زوجها السلطان ، وجملة ذلك أنه اذا كان للمرأة أب أو جد فغاب الاب وحضر الجد ودعت المرأة الى تزويجها نظرت ، فان كان الاب مفقوداً بأن انقطع خبره ولا يعلم أنه حى أو ميت فان الولاية لا تنتقل الى الجد ، وانما يزوجها السلطان ، لأن ولاية الاب باقية عليها ، بدليل أنه لو زوجها فى مكانه لصح ، وانما تعذر بغيبته فناب الحاكم عنه ، كما لو غاب وعليه دين ، فان الحاكم ينوب عنه فى الدفع من ماله دون الاب

وان غاب غيبة غير منقطعة بأن يعلم أنه حى نظرت — فان كان على مسافة تقصر فيها الصلاة — جاز للسلطان تزويجها ، لان فى استئذانه مشقة فصار كالمفقود .

وان كان على مسافة لا تقصر فيها الصلاة ، فاختلف أصحابنا فيه ، فنهم من قال يجوز للحاكم تزويجها ، وهو المذهب ، لان فى استئذانه الحاق مشقة ، فهو كما لو كان على مسافة القصر

ومنهم من قال لا يجوز تزويجها لانه فى حكم الحاضر ، بدليل أنه لا يجوز له القصر والفطر ، فهو كما لو كان فى البلد . هذا مذهبنا وبه قال زفر .

وحكى ابن القاص قولا آخر أن الولاية تنتقل الى من بعده من الاولياء ، وليس بمشهور

وقال أبو حنيفة ومحمد وأحمد بن حنبل ، ان غاب الاب غيبة منقطعة جاز للجد تزويجها . وان كانت غيبة غير منقطعة لم يجز للجد تزويجها

واختلف أصحاب أبي حنيفة فى حد المنقطعة ، فمنهم من قال من الرقة الى البصرة ، ومنهم من قال من بغداد الى البصرة

وقال محمد ، اذا سافر من اقليم الى اقليم ، كمن سافر من الكوفة الى بغداد فهى منقطعة ، وان كان فى اقليم واحد فهى غير منقطعة

ومنهم من قال المنقطعة الذى لا تجىء منه القافلة فى السنة الا مرة واحدة . ودليلنا أن كل ولاية لم تنقطع بالغيبة القريبة لم تنقطع بالغيبة البعيدة كولاية المال .

* * *

اذا ثبت هذا فان الشافعي رضى الله عنه قال ، وان غاب الولى وأراد الحاكم تزويجها استحب له أن يستدعى عصباتها . وان لم يكونوا أولياء ، فان لم يكن لها عصبات فذوى الارحام والقرابات لها ، فيسألهم عن حال الزوج ويستشيرهم فى أمره ليستطيب بذلك نفوسهم ، لما روى أن النبي صلى الله عليه وسلم أمر نعيما أن يشاور أم ابنته فى تزويجها . وان لم يكن لها ولاية ، فان قالوا انه كفء زوجها

قال الشيخ أبو إسحاق : ويستحب له أن يأذن لمن تنتقل الولاية اليه ليزوجها ليخرج من الخلاف ، فإن زوجها الحاكم بنفسه أو أذن لأحد أو لم يشاورهم صح ذلك . لأن الولاية له . قال الشافعي : ولا يزوجها مالم يشهد شاهدان أنه ليس لها ولى وليست فى نكاح أحد ولا عدة . قال المسعودى : من أصحابنا من قال : هذا واجب ، ومنهم من قال : هذا مستحب والله أعلم بالصواب .

قال المصنف رحمه الله :

(فصل) ويجوز للأب والجد تزويج البكر من غير رضاها صغيرة كانت أو كبيرة : لما روى ابن عباس رضى الله عنه أن النبى صلى الله عليه وسلم قال « الثيب أحق بنفسها من وليها والبكر يستأمرها أبوها فى نفسها » فدل على أن الولى أحق بالبكر وإن كانت بالغة فالمستحب أن يستأذنها للخبر وإذنها صماتها لما روى ابن عباس رضى الله عنه أن النبى صلى الله عليه وسلم قال « الأيم أحق بنفسها من وليها والبكر تستأذن فى نفسها وإذنها صماتها » ولانها تستحى أن تأذن لابيها بالنطق فجعل صماتها إذنا ، ولا يجوز لغير الأب والجد تزويجها إلا أن تبلغ وتأذن ، لما روى نافع « أن عبد الله بن عمر رضى الله عنه تزوج بنت خاله عثمان ابن مظعون فذهبت أمها إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم ، وقالت : إن ابنتى تكره ذلك فأمره رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يفارقها . وقال : لا تنكحوا اليتامى حتى تستأمروهن ، فإن سكتن فهو إذنهن فتزوجت بعد عبد الله ، المغيرة ابن شعبة » ولأنه ناقص الشفقة ولهذا لا يملك التصرف فى مالها بنفسه ، ولا يبيع مالها من نفسه ، فلا يملك التصرف فى بضعها بنفسه ، فان زوجها بعد البلوغ ففى اذنها وجهان .

(أحدها) أن اذنها بالنطق لانه لما افتقر تزويجها الى اذنها افتقر الى نطقها بخلاف الأب والجد .

(والثانى) وهو المنصوص فى الإملاء وهو الصحيح : أن اذنها بالسكوت لحديث نافع ، وأما الثيب فإنها ان ذهبت بكارتها بالوطء - فان كانت بالغة عاقلة - لم يجز لأحد تزويجها إلا بإذنها ، لما روت خنساء بنت خدام الانصارية « أن أباها زوجها وهى ثيب فكرهت ذلك ، فذكرت لرسول الله (ص) فرد نكاحها » وإذنها بالنطق لحديث ابن عباس رضى الله عنه أن النبى صلى الله عليه وسلم قال « والبكر تستأذن فى نفسها وإذنها صماتها » فدل على ان اذن الثيب بالنطق . وان كانت صغيرة لم يجز تزويجها حتى تبلغ وتأذن لأن اذنها معتبر فى حال الكبر

فلا يجوز الافتيات عليها فى حال الصغر ، وإن كانت مجنونة جاز للأب والجد تزويجها صغيرة كانت أو كبيرة لأنه لا يرجى لها حال تستأذن فيها ولا يجوز لسائر العصبات تزويجها لأن تزويجها إجبار وليس لسائر العصبات غير الأب والجد ولاية الاجبار ، فأما الحاكم فانها ان كانت صغيرة لم يملك تزويجها لأنه لا حاجة بها إلى النكاح ، وان كانت كبيرة جاز له تزويجها ان رأى ذلك لأنه قد يكون فى تزويجها شفاء لها ، وان ذهبت بكارتها بغير الوطء ففيه وجهان .

(أحدهما) انها كالموطوءة لعموم الخبر .

(والثانى) وهو المذهب انها تزوج تزويج الابكار لأن الثيب انما اعتبر اذنها لذهاب الحياء بالوطء والحياء لا يذهب بغير الوطء .

(فصل) وإن كانت المنكوحة أمة فللمولى أن يزوجها بكراً كانت أو ثيباً ، صغيرة كانت أو كبيرة ، عاقلة كانت أو مجنونة ، لأنه عقد يملكه عليها بحكم الملك ، فكان الى المولى كالاجارة . وان دعت الأمة المولى إلى النكاح ، فان كان يملك وطأها لم يلزمه تزويجها لأنه يبطل عليه حقه من الاستمتاع ، وان لم يملك وطأها ففيه وجهان .

(أحدهما) لا يلزمه تزويجها لانه تنقص قيمتها بالنكاح .

(والثانى) يلزمه لانه لا حق له فى وطئها ، وإن كانت مكاتبة لم يملك السيد تزويجها بغير إذنها لأنه لا حق له فى منفعتها ، فإن دعت السيد إلى تزويجها ففيه وجهان .

(أحدهما) يجبر لانها تستعين بالمهر والنفقة على الكتابة (والثانى) لا يجبر لانها ربما عادت اليه وهى ناقصة بالنكاح .

(الشرح) حديث ابن عباس رواه أحمد ومسلم وأبى داود والترمذى والنسائى وابن ماجه وابن أبى شيبة بلفظ « الثيب أحق بنفسها من وليها والبكر تستأذن فى نفسها وإذنها صماتها » وفى رواية لاحمد ومسلم وأبى داود والنسائى « والبكر يستأمرها أبوها » وفى رواية لاحمد والنسائى « واليتيمة تستأذن فى نفسها » وفى

رواية لأبي داود والنسائي « ليس للولي مع الثيب أمر واليتيمة تستأمر وصمتها إقرارها » قال الحافظ : ورجاله ثقات وأعل بالارسال ، وبتفرد جرير بن حازم عن أيوب وبتفرد حسين عن جرير ، وأجيب بأن أيوب بن سويد رواه عن الثوري عن أيوب موصولا ، وكذلك رواه معمر بن سليمان الرقي عن زيد بن حباب عن أيوب موصولا ، وإذا اختلف في وصل الحديث وارساله حكم لمن وصله على طريقة الفقهاء ، وعن الثاني بأن جريراً توبع عن أيوب كما ترى . وعن الثالث بأن سليمان بن حرب تابع حسين بن محمد عن جرير ، وانفصل البيهقي عن ذلك بأنه محمول على أنه زوجها من غير كفء .

وقد أخرج أحمد والبخاري وأصحاب السنن عن خنساء بنت خدام الانصارية أن أباها زوجها وهي ثيب فكرهت ذلك فأتت رسول الله صلى الله عليه وسلم فرد نكاحها ، وروى أحمد والشيخان وأصحاب السنن وابن حبان والحاكم عن أبي هريرة قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « لا تنكح الايم حتى تستأمر ولا البكر حتى تستأذن ، قالوا : يا رسول الله وكيف اذنها ؛ قال : أن تسكت » وأخرج أحمد والشيخان عن عائشة قالت « قلت : يا رسول الله تستأمر النساء في أبضاعهن قال : نعم ، قلت : ان البكر تستأمر فتستحي فتسكت فقال سكاتها اذنها » وهو من أحاديث الفصل .

أما حديث نافع من قصة زواج عبد الله بن عمر من ابنة خاله فقد أخرجه أحمد والدارقطني عن ابن عمر بلفظ « توفي عثمان بن مظعون وترك ابنة له من خولة بنت حكيم بن أمية بن حارثة بن الأوقص ، وأوصى الى أخيه قدامة بن مظعون ، قال عبد الله : وهما خالاي فخطبت الى قدامة بن مظعون ابنة عثمان بن مظعون فزوجنيها ، ودخل المغيرة بن شعبة - يعني الى أمها فأرغبها في المال - فحطت اليه ، وحطت هوى الجارية إلى هوى أمها فأبتا حتى ارتفع أمرهما إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال قدامة بن مظعون : يا رسول الله ابنة أخي أوصى بها إلي فزوجتها ابن عمتها فلم أقصر بها في الصلاح ولا في الكفاءة ، ولكنها امرأة ، وإنما حطت إلى هوى أمها قال : فقال رسول الله صلى الله عليه

وسلم : هى يتيمة ولا تنكح الا بإذنها ، قال : فانتزعت والله منى بعد أن ملكتها فزوجوها المغيرة بن شعبة ، وقد أورده الحافظ ابن حجر فى التلخيص وسكت عنه ، وقال الهيثمى فى مجمع الزوائد : ورجال أحمد ثقات .

أما الأحكام : فإنه لا يخلو حال المراد زواجها من أن تكون حرة أو أمة ، فإن كانت حرة نظرت ، فإن كانت عاقلة فلا تخلو إما أن تكون بكراً أو ثيباً ، فان كانت بكراً فلا يخلو إما أن تكون صغيرة أو كبيرة ، فإن كانت صغيرة جاز للأب تزويجها بغير إذنها بغير خلاف ، والدليل عليه قوله تعالى « واللائى يئسن من المحيض من نسائكم إن ارتبتم فعدتهن ثلاثة أشهر ، واللائى لم يحضن » وتقديره وكذلك عدة اللائى لم يحضن ، وإنما يجب على الزوجة الإعداد من الطلاق بعد الوطء فدل على أن الصغيرة التى لم تحض يصح نكاحها ، ولا جهة يصح نكاحها معها إلا أن يزوجها أبوها .

وروت عائشة رضى الله عنها قالت : تزوجنى رسول الله صلى الله عليه وسلم وأنا ابنة سبع سنين ودخل بى وأنا ابنة تسع سنين ، ومعلوم أنه لم يكن بإذنها حكم فى تلك الحال ، فعلم أن أباها زوجها بغير إذنها فيجوز للأب والجد إجبارها على النكاح ولا يجوز لغيرهما من الأولياء تزويجها قبل أن تبلغ .

وقال مالك : لا يجوز للجد . وقال أبو حنيفة ، يجوز للأب والجد وسائر العصبات ، وللحاكم إجبارها على النكاح إلا أنه إذا زوجها غير الأب والجد ثبت لها الخيار فى فسخ النكاح اذا بلغت .

دليلنا على مالك ان للجد ولادة وتعصيباً فجاز له اجبار البكر كالأب ، وعلى أبى حنيفة بما روى ابن عمر من حديث زواجه بابنة خاله عثمان بن مظعون ، وقول النبي (ص) . انها يتيمة وانها لا تنكح الا بإذنها . ولأن غير الأب والجد لا يلى مالها بنفسه فلم يملك اجبارها على النكاح كالأجنبي .

اذا ثبت هذا : قال الشافعى رضى الله عنه فى القديم . استحب للأب أن لا يزوجها حتى تبلغ لتكون من أهل الإذن . لأنه يلزمها بالنكاح حقوق . قال الصيمرى . اذا قاربت البلوغ وأراد تزويجها فالمستحب أن يرسل اليها نساء

ثقات ينظرن ما عندها . فإن كانت البكر بالغاً فللاب والجد اجبارها على النكاح وان أظهرت الكراهية ، وبه قال ابن أبي ليلى وأحمد واسحاق .

وقال مالك . للاب اجبارها دون الجد ، وقال أبو حنيفة وأصحابه والثورى والأوزاعى لا يجوز لأحد اجبارها . دليلنا على مالك أن الجد له تعصيب وولادة فملك اجبار البكر على النكاح كالأب ؛ وعلى أبي حنيفة بقوله صلى الله عليه وسلم « الثيب أحق بنفسها من وليها والبكر تستأذن فى نفسها واذنها صماتها » فلما جعل النبي صلى الله عليه وسلم الثيب أحق بنفسها من وليها دل على أن الولى أحق بالبكر ، والمراد بالولى هنا الأب والجد بدليل قوله صلى الله عليه وسلم « اليتيمة تستأمر فى نفسها ، فان صمتت فهو اذنها ، وان أبت فلا جواز عليها » رواه أحمد وأبو داود والنسائى والترمذى وصححه ، وأراد باليتيمة التى لا أب لها وسماها يتيمة بعد البلوغ استصحاباً لاسمها قبل البلوغ ، فلما أوجب استئذان اليتيمة دل على أن غير اليتيمه لا تستأذن ؛ ومن لها أب أو جد فليست بيتيمة

اذا ثبت هذا فان زوّج الأب أو الجد البكر البالغ فالمستحب لهما استئذانها واذنها صماتها للخبر ، ولانها تستحى أن تأذن بالنطق ، فان لم يستأذنها جاز لان النبي صلى الله عليه وسلم قال الثيب أحق بنفسها من وليها والبكر تستأذن فقصد بذلك التفرقة بينهما ؛ فلو قلنا : ان استئذان البكر واجب لما كان بينهما فرق ، وان زوج البكر البالغ غير الاب والجد من الاولياء لم يصح حتى يستأذن وهو اجماع لا خلاف فيه ، وفى اذنها وجهان ،

(أحدهما) لا يحصل الا بنطقها ، لان كل من يفتقر نكاحها الى اذنها افتقر الى نطقها مع قدرتها على النطق كالثيب وهو المذهب انها اذا استؤذنت فصمتت كان ذلك اذناً منها فى النكاح لقوله صلى الله عليه وسلم اليتيمه تستأمر فى نفسها فان صمتت فهو اذنها لانها تستحى ان تأذن بالنطق بخلاف الثيب .

قال العمرانى فى البيان ، قال أصحابنا المتأخرون فان استأذنها وليها أن يزوجها بأقل من مهر مثلها أو بغير نقد البلد وصمتت لم يكن ذلك اذناً منها فى ذلك ، لان ذلك مال فلا يكون صمتها اذنا فيه ، كما لو استأذنها فى بيع مالها فصمتت ، بخلاف النكاح .

وإن كانت المراد تزويجها ثيباً نظرت ـ فان ذهبت بكارتها بالوطء فى نكاح أو ملك أو شبهة ـ فإن كانت بالغاً لم يجز لأحد من الاولياء إجبارها على النكاح سواء كان الولى أباً أو جداً أو غيرهما، لما روى أن خنساء بنت خدام الانصارية زوّجها أبوها وهى ثيب ، فذكرت ذلك للنبى صلى الله عليه وسلم فرد نكاحها . وروى أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : ليس للولى مع الثيب أمر . قال الشيخ أبو حامد : وهو إجماع لا خلاف فيه . ولا يصح نكاحها إلا باذنها ، ولا يصح إذنها إلا بنطقها مع قدرتها على النطق لقوله صلى الله عليه وسلم : والبكر تستأذن فى نفسها وإذنها صماتها . فلما جعل اذن البكر الصمت دل على أن اذن الثيب بالنطق ، فان كانت خرساء وأشارت الى الإذن بما يفهم منها صح تزويجها ، وان كانت الثيب صغيرة لم يجز لأحد من الأولياء تزويجها قبل البلوغ ، سواء كان الولى أباً أو جداً أو غيرهما .

وقال أبو حنيفة وأصحابه : يجوز للأب والجد وغيرهما من الأولياء اجبارها على النكاح ، والاجبار عندهم يختلف بصغر المنكوحة وكبرها ، وعندنا يختلف ببكارتها وثيوبتها .

دليلنا قوله صلى الله عليه وسلم : ليس للولى مع الثيب أمر ، ولم يفرق ، ولأنها حرة سليمة ذهبت بكارتها بجماع فلم تجبر على النكاح كالثيب الكبيرة . وقولنا « حرة » احتراز من الأمة ، وقولنا سليمة احتراز من المجنونة : وقولنا بجماع احتراز ممن ذهبت بكارتها بوثبة أو غيرها

(فرع) وان ذهبت بكارتها بالزنا فهو كما لو ذهبت بالجماع فى النكاح ، فيكون حكمها حكم الثيب فى الاذن . وقال أبو حنيفة : حكمها حكم البكر . دليلنا أنها حرة سليمة ذهبت بكارتها بجماع ، فهو كما لو ذهبت بنكاح وان ذهبت بكارتها بوثبة أو تعنيس ففيه وجهان :

(أحدهما) حكمها حكم الموطوءة بنكاح لانها ثيب

(والثانى) حكمها حكم البكر فى الاذن ، وهو المذهب ، لان الثيب انما اعتبر اذنها بالنطق لذهاب الحياء بالوطء وهذا الحياء لا يذهب بغير الوطء [illegible] فانها اذا لم تستح من مباضعة الرجال على الزنا والاقدام عليه لم تستح من النطق بالاذن

وقال الصيمرى : وان خلقت المرأة لا بكارة لها فهى كالبكر . وان ادعت المرأة البكارة أو الثيوبة قال الصيمرى : القول قولها . ولا يكشف عن الحال لأنها أعلم بحالها .

(فرع) قال ابن الحداد : اذا زوج الرجل ابنته البكر البالغ بغير اذنها فلما بلغها ذلك قالت ، أنا أخته من الرضاع ، يعنى الزوج ، أو تزوجنى أبوه قبله أو غير ذلك من الأسباب المحرمة فالقول قولها مع يمينها ، ويبطل النكاح . وان كانت ثيبا فزوجها وليها باذنها أو زوجها أبوها وهى بكر بغير اذنها فمكن الزوج من وطئها ثم ذكرت سبباً يوجب التحريم لم يقبل قولها كما قال الشافعى رضى الله عنه فيمن ضل له عبد فأخذه الحاكم ورأى المصلحة فى بيعه فباعه أو باعه عليه الحاكم لدين عليه وهو غائب ثم قدم وادعى أنه أعتقه قبل ذلك قبل قوله فيه مع يمينه .

ولو بلغه المالك بنفسه أو باعه الحاكم عليه وهو حاضر لدين عليه امتنع منه ثم ادعى بعد البيع أنه كان أعتقه أو أوقفه لم يقبل قوله فى ذلك ، فمن أصحابنا من صوب ابن الحداد ومنهم من خطأه وقال لايقبل قولها بحال ، لأن لها غرضاً فى اجبار الازواج ، وربما كرهت زوجها وطابت غيره ، ولا تصدق على مايوجب بطلان نكاحها ، كما اذا أقر العبد بجناية خطأ أو اتلاف مال فانه لا يقبل

(فرع) قال ابن الحداد ، وان قالت امرأة وهى بالغ عاقلة زوجنى أبى زيداً بشهادة شاهدين وصادقها زيد على ذلك فأنكر الأب أو الشاهدان ذلك لم يلتفت الى انكار الأب أو الشاهدين ، لأن الحق للزوجين ، ولا حق للأب ولا للشاهدين فى ذلك ، فهو كما لو قال رجل باع وكيلى دارى من فلان وادعاه المشترى وأنكر الوكيل لم يلتفت الى انكاره فكذلك هذا مثله

قال القاضى أبو الطيب هذا على قول الشافعى رحمه الله الجديد أن النكاح ثبت بتصادق الزوجين ، وهو المشهور وأما على القول القديم فانه لا يثبت بتصادقهما الا ان كانا عربيين

(فرع) وان كانت المراد نكاحها مجنونة فان كان وليها أباها أو جدها فزوجها

على أى صفة كانت ، صغيرة أو كبيرة ، بكراً أو ثيباً لأنهما يملكان إجبارها على النكاح ، وإنما لم يجز لهما تزويج الثيب الصغيرة العاقلة لأنه يرجى لها أن تبلغ وتأذن، ولم يجز لهما تزويج الثيب البالغة إلا بإذنها لأنها من أهل الإذن والمجنونة ليست من أهل الاذن ولا يرجى لها حال تصير فيه من أهل الاذن ، وإن كان وليها غير الأب والجد من العصبات لم يملك تزويجها ، لأن تزويجها إجبار وهم لا يملكون إجبارها على النكاح .

وإن كان وليها الحاكم قال الشيخ أبو حامد : بأن لا يكون لها ولى مناسب ، أو كان لها ولى مناسب غير الأب والجد فإنه لا ولاية لهم عليها فى هذه الحالة ، وتنتقل الولاية إلى الحاكم ، فإن كانت صغيرة لم يجز للحاكم تزويجها لأنها لا حاجة بها إلى التزوج فى هذه الحال . وإن كانت كبيرة جاز له تزويجها لأن لها فى ذلك حظاً لأنها تحتاج اليه للعفة ويكسبها غنى ، وربما كان لها فيه شفاء ، والفرق بين الحاكم وبين غير الأب والجد من العصبات أنه يزوجها حكما ، وبهذا يجوز له التصرف فى مالها ، والعصبات غير الأب والجد يزوجونها بالولاية ولا ولاية لهم عليها ، هذا نقل أصحابنا البغداديين

وقال الخراسانيون : المجنونة المطبقة إن كانت بكراً فللأب والجد تزويجها ، صغيرة كانت أو كبيرة ، وإن كانت ثيباً ، فإن بلغت مجنونة فلهما ذلك ، وإن بلغت عاقلة فهل لهما تزويجها؟ فيه وجهان بناء على أنه هل تعود ولاية المال لهما؟ وفيه وجهان . وإن كانت صغيرة ثيباً فوجهان ، وإن كان جنونها غير مطبق وهى ثيب فهل لهما تزويجها فى يوم الجنون ؟ على وجهين . وأما غير الأب والجد من العصبات فليس له تزويجها بحال ، وللحاكم أن يزوجها إذا كانت بالغة ، وهل يستأذن الحاكم غيره من العصبات ؟ فيه وجهان

وأما إذا كان المراد تزويجها أمة فعلى ما ذكر المصنف . والله تعالى أعلم

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) وإن كان ولى المرأة ممن يجوز له أن يتزوجها كابن عم ، والمولى المعتق ، لم يجز أن يزوجها من نفسه ؛ فيكون موجباً قابلا لأنه يملك الايجاب

بالاذن فلم يجز أن يملك شطرى العقد كالوكيل فى البيع ، فإن أراد أن يتزوجها، فإن كان هناك من يشـاركه فى الولاية زوجها منه ، وإن لم يكن من يشاركه فى الولاية زوجها الحاكم منه ، وإن أراد الامام أن يتزوج امرأة لا ولى لها غيره ففيه وجهان .

(أحدهما) أن له أن يزوجها من نفسه ، لانه إذا فوض الى غيره كان غيره وكيلا ، والوكيل قائم مقامه فكان إيجابه كايجابه

(والثانى) يرفعه الى حاكم ليزوجها منه ، لأن الحاكم يزوج بولاية الحكم فيصير كما لو زوجها منه ولى ، ويخالف الوكيل لانه يزوجها بوكالته ؛ ولهذا يملك عزله اذا شاء ، ولا يملك عزل الحاكم من غير سبب واذا مات انعزل الوكيل ولا ينعزل الحاكم . وان كان لرجل ابن ابن وبنت ابن وهما صغيران فزوج بنت الابن بابن الابن . ففيه وجهان

(أحـدهما) لا يجوز ، وهو قول أبى العباس ابن القاص ، لما روت عائشة رضى الله عنها أن النبي صلى الله عليه وسلم قال « كل نكاح لم يحضره أربعه فهو سفاح . خاطب وولى وشاهدان »

(والثانى) وهو قول أبى بكر بن الحداد المصرى أنه يجوز كما يجوز أن يلى شطرى العقد فى بيع ماله من ابنه ، فعلى هذا يحتاج أن يقول زوجت بنت ابنى بابن ابنى ، وهل يحتاج الى القبول . فيه وجهان

(أحدهما) يحتاج الى القبول ، وهو أن يقول بعد الايجاب وقبلت نكاحها له وهو قول أبى بكر بن الحداد ، لانه يتولى ذلك بولايتين فقام فيه مقام الاثنين .

(والثانى) لا يحتاج إلى لفظ القبول ، وهو قول أبى بكر القفال . لأنه قائم مقام اثنين فقام لفظه مقام لفظين .

(فصل) وان وكل الولى رجلا فى التزويج فهل يلزمه أن يعين الزوج فيه قولان أحدهما لا يلزمه لان من ملك التوكيل فى عقد لم يلزمه تعيين من يعقد معه كالموكل فى البيع . والثانى يلزمه لان الولى انما جعل اليه اختيار الزوج لكمال شفقته ولا يوجد كمال الشفقه فى الوكيل فلم يجعل اختيار الزوج اليه

(الشرح) حديث عائشة أخرجه الدارقطني بلفظ «لا بد في النكاح من أربعة، الولي والزوج والشاهدين»، وفي إسناده أبو الخصيب نافع بن ميسرة مجهول وروى نحوه البيهقي في الخلافيات عن ابن عباس موقوفا وصححه، وابن أبي شيبة بنحوه أيضاً، وعن أنس أشار اليه الترمذي، وأخرج الدارقطني رواية أخرى عن عائشة بلفظ «قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: لا نكاح إلا بولي وشاهدي عدل فان تشاجروا فالسلطان ولي من لا ولي له» وقد أخرجه أيضاً البيهقي من طريق محمد بن أحمد بن الحجاج الرقي عن عيسى بن يونس عن الزهري عن عروة عن عائشة كذلك وقد توبع الرقي عن عيسى، ورواه سعيد بن خالد بن عبد الله ابن عمرو بن عثمان، ويزيد بن سنان، ونوح بن دراج، وعبد الله بن حكيم عن هشام بن عروة عن أبيه عن عائشة كذلك، وقد ضعف ابن معين ذلك كله، وأقره البيهقي، وقد تقدم في فصل لا نكاح إلا بولي طرف منه، ويؤيد هذا الحديث ما رواه الترمذي عن ابن عباس «أن النبي (ص) قال: البغايا اللاتي ينكحن أنفسهن بغير بينة».

وذكر الترمذي أنه لم يرفعه غير عبد الأعلى وأنه قد وقفه مرة وأن الوقف أصح، وهذا لا يقدح لأن عبد الأعلى ثقة فيقبل رفعه وزيادته، وقد يرفع الراوي الحديث وقد يقفه، وقال الترمذي: هذا الحديث غير محفوظ لا نعلم أحداً رفعه إلا ما روى عن عبد الأعلى عن سعيد عن قتادة مرفوعا.

وروى عن عبد الأعلى عن سعيد هذا الحديث موقوفا، والصحيح ما روى ابن عباس «لا نكاح إلا ببينة» ويؤيده حديث عمران بن الحصين عن النبي صلى الله عليه وسلم قال «لا نكاح الا بولي وشاهدي عدل» ذكره أحمد بن حنبل في رواية ابنه عبد الله. وقد أشار اليه الترمذي، وأخرجه الدارقطني والبيهقي في العلل من حديث الحسن عنه، وفي إسناده عبدالله بن محرز وهو متروك. ورواه الشافعي من وجه آخر عن الحسن مرسلا. وقال: هذا، وإن كان منقطعاً فإن أكثر أهل العلم يقولون به.

وقد روى الشافعي والبيهقي من طريق ابن خيثم عن سعيد بن جبير عن

ابن عباس موقوفا بلفظ « لا نكاح إلا بولى مرشد وشاهدى عدل » وقال البيهقى بعد أن رواه من طريق أخرى عن أبى خيثم بسنده مرفوعا بلفظ « لا نكاح إلا بإذن ولى مرشد أو سلطان » قال : والمحفوظ الموقوف ، ثم رواه من طريق الثورى عن أبى خيثم ، ومن طريق عدى بن الفضل عن أبى خيثم بسنده مرفوعا بلفظ « لا نكاح إلا بولى وشاهدى عدل ، فإن نكحها ولى مسخوط عليه فنكاحها باطل » وعدى بن الفضل ضعيف . وعن أبى هريرة مرفوعا وموقوفا عند البيهقى بلفظ « لا نكاح إلا بأربعة خاطب وولى وشاهدين » ، وفى إسناده المغيرة بن موسى البصرى قال البخارى : منكر الحديث .

وهذه الأحاديث تفيد شرطية الاشهاد فى النكاح ، وهو قول على وعمر وابن عباس والعترة والشعبى وابن المسيب والأوزاعى والشافعى وأبو حنيفة وأحمد بن حنبل .

قال الترمذى : والعمل على هذا عند أهل العلم من أصحاب النبى صلى الله عليه وسلم وغيرهم قالوا « لا نكاح الا بشهود » لم يختلفوا فى ذلك من مضى منهم إلا قوم من المتأخرين من أهل العلم ، وانما اختلف أهل العلم فى هذا اذا شهد واحد بعد واحد ، فقال أكثر أهل العلم من الكوفة وغيرهم ، لايجوز النكاح حتى يشهد الشاهدان معاً عند عقدة النكاح .

وقد روى بعض أهل المدينة اذا شهد واحد بعد واحد فإنه جائز اذا أعلنوا ذلك وهو قول مالك بن أنس وغيره . وقال بعض أهل العلم : يجوز شهادة رجل وامرأتين فى النكاح ، وهو قول أحمد واسحاق . انتهى كلام الترمذى

وحكى عن ابن عمر وابن الزبير وعبد الرحمن بن مهدى وداود بن على أنه لا يعتبر الاشهاد . وحكى أيضا عن مالك انه يكفى الإعلان بالنكاح ، والحق ما ذهب اليه الأولون لأن الأحاديث التى سقناها يؤيد بعضها بعضا .

(اما احكام الفصل) فانه اذا اراد الرجل ان يتزوج امرأة يلى عليها امر النكاح من نفسه كابن العم والمعتقة او وكل الولى رجلا يزوج وليته فيزوجها الوكيل من نفسه لم يصح .

وقال ربيعة ومالك والثورى وأبو حنيفة وأصحابه : يصح . دليلنا ما روت عائشة عن النبي صلى الله عليه وسلم « لا نكاح إلا بولى وشاهدى عدل فان تشاجروا فالسلطان ولى من لا ولى له » .

وحديث أبى هريرة « لا نكاح إلا بأربعة خاطب وولى وشاهدان » وهذا لم يحضره الا ثلاثة ، وشرط أن يكون ولى وخاطب ولم يوجد ذلك ، ولأنه لو وكل وكيلا ليبيع له سلعة لم يجز للوكيل أن يبتاعها من نفسه ، فكذلك هذا مثله ، وقد وافقنا أبو حنيفة على البيع ، وخالفنا مالك فيه وقد مضى فى البيع . اذا ثبت هذا : فأراد ابن العم أن يتزوجها فان كان هناك ولى لها فى درجته تزوجها منه ، وان لم يكن هناك ولى فى درجته بل كان أبعد منه أو لا ولى لها تزوجها من السلطان لانها تصير فى حقه بمنزلة من لا ولى لها فيتزوجها من السلطان .

(فرع) اذا أراد الحاكم أن يتزوج امرأة لا ولى لها فانه يتزوجها من الإمام قال ابن الصباغ : أو يرد ذلك الى من يزوجه اياها و يتولى طرفى العقد لانه اذا تزوجها من الحاكم فهو قائم من جهته فصح أن يتولى ذلك . والثانى : لا يصح أن يتولى العقد بنفسه بل يتزوجها الحاكم لأن الحاكم ليس بوكيل له ، وانما هو نائب عن المسلمين ، ولهذا لا يملك الإمام عزله من غير سبب .

(فرع) وان أراد الجد أن يزوج ابنه الصغير بابنة ابن له آخر ففيه وجهان أحدهما : لا يصح ، وهو اختيار ابن القاص لقوله صلى الله عليه وسلم « لا نكاح الا بولى وخاطب وشاهدى عدل » والثانى : يصح ، وهو اختيار ابن الحداد والقاضى أبى الطيب لانه يملك طرفى العقد بغير تولية فجاز أن يتولاه هنا كبيع مال الصغير من نفسه ، وأما الخبر فمحمول اذا كان الولى غير الخاطب فعلى هذا لا تصح الولاية الا بشروط .

(أحدها) اذا كان أبواهما ميتين أو فاسقين أو أحدهما ميتا والآخر فاسقاً لانه لا ولاية للجد الرشيد عليهما مع ثبوت ولاية الابوين عليهما .

(الشرط الثانى) أن يكون ابن الابن صغيراً أو مجنوناً .

(الثالث) أن تكون الإبنة بكراً فأما اذا كانت ثيبا فلا يملك تزويجها بحال

الا باذنها ، وقد اشترط ابن الحداد أن تكون صغيرة ، وليس بصحيح لان الجد يملك اجبارها على النكاح اذا كانت بكراً بكل حال الا أن تكون الابنة مجنونة فيملك الجد اجبارها على النكاح بكل حال .

اذا ثبت هذا : فان الجد يقول زوجت فلانة بفلان أو فلاناً بفلانة ، وهل يفتقر الى لفظ القبول ؟ وهو أن يقول : وقبلت نكاح فلانة لفلان ؟ فيه وجهان من أصحابنا من قال : لا يفتقر الى ذلك لان الايجاب يتضمن القبول ، وهو قول ابن الحداد ، وهو المشهور ، لأن كل عقد افتقر الى الايجاب افتقر الى القبول كما لو كان بين شخصين .

(فرع) وان تزوج الولى وليته من ابنه الكبير صح لأنه هو الذى يوجب النكاح على المرأة ويقبله لابنه ، والشخص الواحد لا يجوز أن يكون قابلا موجبا فى النكاح .

(فرع) قال الشافعى رضى الله عنه : وكيل الولى يقوم مقامه ، وجملة ذلك أن الولى اذا كان ممن يملك اجبار المرأة على النكاح فله ان يوكل من يزوجها بغير اذنها كما يجوز ان يعقد عليها بنفسه بغير اذنها ، فان وكل فى تزويجها من رجل بعينه صح ، وان قال الوكيل وكلتك فى تزويجها واطلق فهل يصح ؟ حكى الشيخان ابو حامد وابو اسحاق فيها قولين ، وحكاهما ابن الصباغ والمسعودى وجهان .

احدهما : يصح ، لان من جاز ان يوكل وكالة معينه جاز ان يوكل وكالة مطلقه كالوكالة فى البيع .

والثانى : لا يصح هذا التوكيل لأن الولى انما فوض اليه اختيار الزوج لكمال شفقته وهذا لا يوجد فى الوكيل ، وان كان الولى لا يملك التزويج الا باذنها ، فان اذنت له فى التزويج والتوكيل صح توكيله ، وان اذنت فى التزويج لا غير فهل يملك التوكيل ؟ فيه وجهان مضى ذكرهما فى الوكالة .

(فرع) اذا كان الولى لا يملك ان يعقد على المرأة الا باذنها ، فان أذنت له أن يزوجها من رجل معين صح ، وان أذنت أن يزوجها مطلقا قال الشيخ أبو حامد : يصح ذلك قولا واحداً لكمال شفقته .

وقال الطبرى فى العدة : هو كالوكيل اذا وكله الولى فى التزويج وأطلق على

ما مضى ، ويجوز للمرأة أن تأذن لوليها بلفظ الإذن ، ويجوز بلفظ الوكالة نص عليه الشافعى رضى الله عنه لأن المعنى فيهما واحد ، وإن أذنت لوليها أن يزوجها ثم رجعت لم يصح تزويجها كالموكل إذا عزل وكيله ، فان زوجها الولى بعد العزل وقبل أن يعلم به فهل يصح ، فيه وجهان مأخوذان من القولين إذا باع بعد العزل وقبل العلم به ، والله تعالى أعلم بالصواب .

قال المصنف رحمه الله تعالى :

﴿ فصل ﴾ ولا يجوز للولى أن يزوج المنكوحة من غير كفء إلا برضاها ورضى سائر الأولياء ، لما روت عائشة رضى الله عنها قالت « قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : تخيروا لنطفكم ، فانكحوا الأكفاء وانكحوا إليهم » ولأن فى ذلك إلحاق عار بها وبسائر الأولياء فلم يجز من غير رضاهم .

﴿ فصل ﴾ وإن دعت المنكوحة إلى غير كفء لم يلزم الولى تزويجها لأنه يلحقه العار ، فان رضيا جميعاً جاز تزويجها لما روت فاطمة بنت قيس قالت « أتيت النبى صلى الله عليه وسلم فأخبرته أن أبا الجهم يخطبنى ومعاوية ، فقال : أما أبو الجهم فأخاف عليك عصاه وأما معاوية فشاب من شباب قريش لا شىء له ولكنى أدلك على من هو خير لك منهما ، قلت : من يا رسول الله ، قال : أسامة قلت ، أسامة ، قال . نعم أسامة فتزوجت أبا زيد فبورك لأبى زيد فىّ وبورك لى فى أبى زيد » وقال عبد الرحمن بن مهدى ، أسامة من الموالى وفاطمة قرشية ، ولأن المنع من نكاح غير الكفء لحقهما ، فاذا رضيا زال المنع ، فان زوجت المرأة من غير كفء من غير رضاها أو من غير رضا سائر الأولياء ، فقد قال فى الأم النكاح باطل .

وقال فى الاملاء كان للباقين الرد ، وهذا يدل على أنه صحيح ، فمن أصحابنا من قال فيه قولان (أحدهما) أنه باطل لانه عقد فى حق غيره من غير إذن فبطل كما لو باع مال غيره بغير اذنه (والثانى) أنه صحيح ويثبت فيه الخيار : لأن النقص يوجب الخيار دون البطلان ، كما لو اشترى شيئاً معيباً .

ومنهم من قال : العقد باطل قولا واحداً لما ذكرناه ، وتأول قوله فى الاملاء

على أنه أراد بالرد المنع من العقد، ومنهم من قال إن عقد وهو يعلم أنه ليس بكفء بطل العقد، كما لو اشترى الوكيل سلعة وهو يعلم بعيبها؛ وإن لم يعلم صح العقد وثبت الخيار، كما لو اشترى الوكيل سلعة ولم يعلم بعيبها، وحمل القولين على هذين الحالين.

(الشرح) حديث عائشة أورده السيوطى فى الجامع الصغير مرموزاً له بابن ماجه والبيهقى والحاكم، كما أورد ما أخرجه ابن عدى فى الكامل وعبد الرزاق وابن عساكر عن عائشة بلفظ «تخيروا لنطفكم فإن النساء يلدن أشباه إخوانهن وأخواتهن» وقد ضعفه السيوطى. وأخرج أبو نعيم فى حلية الأولياء عن أنس «تخيروا لنطفكم واجتنبوا هذا السواد فإنه لون مشوه»

وقد رد الذهبى حديث عائشة بأن الحارث بن عمران الجعفرى عن هشام عن أبيه عن عائشة مرفوعا «تخيروا لنطفكم وانكحوا الأكفاء» تابعه عكرمة بن ابراهيم بأن الحارث كان يضع الحديث، قال ابن حبان: كان يضع الحديث على الثقات. وكذلك عكرمة عن هشام ضعيف أيضاً. وقال ابن حجر: مداره على أناس ضعفاء أمثلهم صالح بن موسى الطلحى والحارث الجعفرى. وقال فى الفتح رواه أبو نعيم وابن ماجه والحاكم وصححه من حديث عمر أيضا وفى إسناده مقال ويقوى أحد الاسنادين الآخر. وقال ابن الديبع الشيبانى فى تمييز الطيب من الخبيث: مداره على أناس ضعفاء وكل طرقه ضعيفه

وحديث عائشة «تخيروا لنطفكم فإن النساء يلدن الخ» الذى سقناه. قال ابن الجوزى: حديث لا يصح فيه عيسى بن ميمون. قال ابن حبان منكر الحديث لا يحتج بروايته. وقال الخطيب: حديث غريب وكل طرقه واهيه. وقال السخاوى هو ضعيف، وبالجملة كل ما ورد من طرق هذا الحديث على مختلف صوره وطرقه وألفاظه ليس فيها صحيح.

أما حديث فاطمة بنت قيس فقد أخرجه أحمد ومسلم وأصحاب السنن الاربعة بلفظ «أن زوجها طلقها ثلاثاً فلم يجعل لها رسول الله صلى الله عليه وسلم سكنى ولا نفقة، قالت: وقال لى رسول الله إذا حللت فآذنينى، فآذنته فخطبها معاويه

وأبو جهم وأسامة بن زيد ، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم أما معاوية فرجل ترب لا مال له . وأما أبو جهم فرجل ضراب للنساء ، ولكن أسامة ؛ فقالت بيدها هكذا أسامة أسامه ؟ فقال لها رسول الله صلى الله عليه وسلم : طاعة الله وطاعة رسوله قالت فتزوجته فاغتبطت .

وقد اختلف في معاويه هذا فقيل هو ابن أبي سفيان بن حرب وقيل غيره . وفى صحيح مسلم التصريح بأنه هو . وقوله : فرجل ضراب . وفى روايه : لا يضع عصاه عن عاتقه ، وهو كنايه عن كثرة ضربه للنساء . وقال أبو عبيد فى قوله صلى الله عليه وسلم « أنفق على أهلك ولا ترفع عصاك عنهم » لم يرد العصا التى يضرب بها ولا أمر أحداً بذلك ، وإنما أراد يمنعها من الفساد ، يقال للرجل إذا كان رفيقاً حسن السياسه لين العصا . وقيل السفر . كنى بالعصا عنه قال الشاعر :

فألقت عصاها واستقر بها النوى

وقيل كما أفاده ابن بطال كنى به عن كثرة الجماع وليس بشىء . قال الأزهرى معناه أنه شديد على أهله خشن الجانب فى معاشرتهن مستقصر عليهن فى باب الغيرة

أما الأحكام فقد ذكرنا أن للزوج أن يوكل من يتزوج له ، لأن النبى (ص) وكل عمرو بن اميه الضمرى أن يتزوج له أم حبيبه رضى الله عنها بنت أبى سفيان من ابن عمها من أرض الحبشه ، ووكل أبا رافع فى تزويج ميمونه ، فان وكله أن يزوج له امرأة بعينها صح ، فان وكله أن يتزوج له ممن شاء ، ففيه وجهان . مضى ذكرهما فى الوكالة ، قال أبو العباس بن سريج وأبو عبد الله الزبيرى لا يجوز ، لأن الأغراض تختلف فى ذلك . قال القاضى أبو حامد المروروذى يجوز ، واليه ذهب الصيمرى فانه قال ، لو وكله أن يزوجه امرأة من العرب فزوجه امرأة من قريش جاز ، ولو وكله أن يزوجه امرأة من قريش فزوجه امرأة من العرب لم يصح ، ولو وكله أن يزوجه امرأة من الأنصار فزوجه امرأة من الأوس أو الخزرج من بنات الأنصار جاز ، ولو وكله أن يزوجه امرأة من الأوس فزوجه امرأة من الخزرج لم يجز ، ولو وكله أن يزوجه امرأة بعينها فتزوجها الموكل لنفسه ثم طلقها قبل الدخول أو بعد الدخول وانقضت عدتها ثم تزوجها الوكيل للموكل

قال الصيمرى لم يصح ، لأن وكالته قد بطلت لما تزوجها الموكل لنفسه ، فإن وكله أن يتزوج امرأة بمائة فتزوجها له بخمسين صح ، فإن تزوجها له بأكثر من مائة قال الصيمرى : فقد قال شيخ من أصحابنا : يبطل النكاح ، والصحيح أنه يصح ولها مهر مثلها .

(فرع) فإن جاء رجل وادعى أن فلاناً وكله أن يتزوج له امرأة فتزوجها له وضمن عنه المهر ثم أنكر الموكل الوكالة ولا بينة فالقول قوله مع يمينه ، فاذا حلف لم يلزمه النكاح ، ولا يقع النكاح للوكيل بخلاف وكيل الشراء ، لأن الغرض من النكاح أعيان الزوجين فلا يقع بغير من عقد له ، وترجع الزوجة على الوكيل بنصف المهر . وبه قال أبو حنيفة وأبو يوسف ، لأنها تدعى وجوبه على الزوج والوكيل ضامن به وهو مقر به .

وقال محمد بن الحسن يرجع على الوكيل بجميع الصداق ، لأن الفرقة لم تقع فى الباطن بإنكاره ، وهذا ليس بشىء ، لأنه يملك الطلاق ، فاذا أنكر النكاح فقد أقر بتحريمها عليه ، فصار بمنزلة إيقاعه للطلاق ، ولو مات الزوج قبل المصادقة على النكاح لم ترث هذه الزوجة إلا أن يصدقها سائر ورثته على التوكيل أو يقدم لها بينة على ذلك . ولو غاب رجل عن امرأته فجاءها رجل فذكر أن زوجها طلقها طلاقا بانت به منه بدون الثلاث وأنه وكله فى استئناف عقد النكاح عليها بالف فعقد عليها النكاح بألف وضمن لها الوكيل الألف ثم قدم الزوج فأنكر ذلك فالقول قوله مع يمينه ، فاذا حلف فهل للزوجة أن ترجع على الوكيل بالألف فيه وجهان :

قال الساجى والقاضى أبو الطيب : لا ترجع عليه بشىء ، وبه قال أبو حنيفة لأن الضامن فرع على المضمون عنه ، فاذا لم يلزم المضمون عنه شىء لم يلزم الضامن (والثانى) يرجع عليه بالألف . قال الشيخ أبو حامد : وقد نص عليه الشافعى رحمه الله فى الإملاء — وهو الأصح — لأن الوكيل مقر بوجوبها عليه كما قلنا فى التى قبلها ، والله تعالى أعلم

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) والكفاءة فى الدين والنسب والحرية والصنعة ، فأما الدين فهو معتبر ، فالفاسق ليس بكفء للعفيفة ، لما روى أبو حاتم المزنى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال « إذا جاءكم من ترضون دينه وخلقه فأنكحوه ، إلا تفعلوا تكن فتنة فى الأرض وفساد عريض » وأما النسب فهو معتبر ، فالأعجمى ليس بكفء للعربية ، لما روى عن سلمان رضى الله عنه أنه قال « لا نؤمكم فى صلاتكم ، ولا ننكح نساءكم » وغير القرشى ليس بكفء للقرشية لقوله صلى الله عليه وسلم « قدموا قريشاً ولا تتقدموها » وهل تكون قريش كلها أكفاء ؟ فيه وجهان . (أحدهما) أن الجميع أكفاء ، كما أن الجميع فى الخلافة أكفاء (والثانى) أنهم يتفاضلون ، فعلى هـذا غير الهاشمى والمطلبى ليس بكفء للهاشمية والمطلبية ، لما روى واثلة بن الاسقع أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال « إن الله اصطفى كنانة من بنى اسماعيل واصطفى من كنانة قريشا ، واصطفى من قريش بنى هاشم واصطفانى من بنى هاشم »

وأما بنو هاشم وبنو المطلب فهم أكفاء ، لأن النبى صلى الله عليه وسلم سوى بينهم فى الخمس ، وقال « إن بنى هاشم وبنى عبد المطلب شىء واحد » وأما الحرية فهى معتبرة ، فالعبد ليس بكفء للحرة ، لقوله تعالى « ضرب الله مثلا عبداً مملوكا لا يقدر على شىء ، ومن رزقناه منا رزقا حسنا فهو ينفق منه سراً وجهراً ، هل يستوون ؟ » ولأن الحرة يلحقها العار بكونها تحت عبد . وأما الصنعة فهى معتبرة فالحائك ليس بكفء للبزاز ، والحجام ليس بكفء للخراز ، لأن الحياكة والحجامة يسترذل أصحابها .

واختلف أصحابنا فى اليسار فمنهم من قال يعتبر ، فالفقير ليس بكفء للموسرة لما روى سمرة قال ، قال رسول الله (ص) الحسب المال والكرم التقوى » ولأن نفقة الفقير دون نفقة الموسر ، ومنهم من قال لا يعتبر لأن المال يروح ويغدو ولا يفتخر به ذوو المروءات . ولهذا قال الشاعر

غنينـــا زمانا بالتصعلك والغنى وكلا سقـاناه بكأسيهما الدهر
فما زادنا بغيا على ذى قرابة غنانا ولا أزرى بأحسابنا الفقر

(الشرح) حديث أبي حاتم المزني رواه الترمذي بلفظ « إن أتاكم من ترضون دينه وخلقه فأنكحوه ، إلا تفعلوه تكن فتنة في الأرض وفساد كبير ، قالوا : يا رسول الله وان كان فيه ، قال : إذا جاءكم من ترضون دينه وخلقه فأنكحوه ، ثلاث مرات » قال الترمذي : هذا حديث حسن غريب . ونقل المناوي عن البخاري أنه لم يعده محفوظا ، وعده أبو داود في المراسيل ، وأعله ابن القطان بالإرسال ، وضعف راويه ، وأبو حاتم المزني له صحبة ولا يعرف له عن النبي صلى الله عليه وسلم غير هذا الحديث ،

وقد أخرج الترمذي أيضا هذا الحديث من حديث أبي هريرة ولفظه قال « قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : إذا خطب اليكم من ترضون دينه وخلقه فزوجوه إلا تفعلوا تكن فتنة في الأرض وفساد عريض » ومن ثم ندرك أن المصنف أخطأ في عزو لفظ رواية أبي هريرة إلى عائشة .

وقال المناوي : قد خولف عبد الحميد بن سليمان في هذا الحديث ، ورواه الليث بن سعد عن أبي عجلان عن النبي صلى الله عليه وسلم .

قال البخاري : وحديث الليث اشبه ، ولم يعد حديث عبد الحميد محفوظا .

وعن ابن عمر عند الحاكم أنه صلى الله عليه وسلم قال « العرب أكفاء بعضهم لبعض ، قبيلة لقبيلة ، وحي لحي ، ورجل لرجل ، إلا حائك أو حجام » وفي اسناده رجل مجهول وهو راويه عن ابن جريج ، وقد سأل ابن أبي حاتم أباه عن هذا الحديث فقال : هذا كذب لا أصل له ، وقال في موضع آخر باطل . ورواه ابن عبد البر في التمهيد من طريق أخرى عنه . قال الدارقطني في العلل لا يصح اه .

وله طريق آخر عن غير ابن عمر رواها البزار في مسنده من حديث معاذ رفعه « العرب بعضها لبعض أكفاء » وفيه سليمان بن أبي الجون . قال ابن القطان لا يعرف ثم هو من رواية خالد بن معدان عن معاذ ولم يسمع منه ، وفي المتفق عليه من حديث أبي هريرة « خياركم في الجاهلية خياركم في الإسلام إذا فقهوا » ،

وأما قول سلمان فقد مضى الاشارة اليه في الامامة ، ولعل أبا حنيفة حين قال قريش أكفاء بعضهم لبعض والعرب كذلك وليس أحد من العرب كفؤا لقريش كما ليس

أحد من غير العرب كفؤاً للعرب ، كان متأثراً بقول سلمان هذا . وقال الثورى : إذا نكح المولى العربية يفسخ النكاح ، وبه قال أحمد فى رواية .

وقال الشافعى : ليس نكاح غير الأكفاء حراما فأرد به النكاح ، وانما هو تقصير بالمرأة والأولياء ، فإذا رضوا صح ويكون حقا لهم تركوه ، فلو رضوا الا واحداً فله فسخه . قال : ولم يثبت فى اعتبار الكفاءة بالنسب من حديث ، وأما ما أخرجه البزار من حديث معاذ رفعه « العرب بعضهم أكفاء بعض والموالى بعضهم أكفاء بعض » فإسناده ضعيف ، واحتج البيهقى بحديث « ان الله اصطفى بنى كنانة من بنى اسماعيل الخ الحديث » الذى ساقه المصنف فى هذا الفصل وهو صحيح أخرجه مسلم لكن فى الاحتجاج به لذلك نظر ، وقد ضم اليه بعضهم حديث « قدموا قريشا ولا تقدموها » .

ونقل ابن المنذر عن البويطى أن الشافعى قال : الكفاءة فى الدين ، وهو كذلك فى مختصر البويطى . قال الرافعى : وهو خلاف مشهور . قال فى الفتح : واعتبار الكفاءة فى الدين متفق عليه ، فلا تحل المسلمة لكافر .

قال الخطابى : ان الكفاءة معتبرة فى قول أكثر العلماء بأربعة أشياء . الدين والحرية ، والنسب ، والصناعة ؛ ومنهم من اعتبر السلامة من العيوب ؛ واعتبر بعضهم اليسار . ويدل على ذلك ما أخرجه أحمد والنسائى وصححه ابن حبان والحاكم من حديث بريدة رفعه « أن أحساب أهل الدنيا الذين يذهبون اليه المال » وما أخرجه أحمد والترمذى وصححه هو والحاكم من حديث سمرة رفعه « الحسب المال والكرم التقوى » وقد ساقه المصنف فى الفصل . قال ابن حجر . يحتمل أن يكون المراد أنه حسب من لا حسب له فيقوم النسب الشريف لصاحبه مقام الأول لمن لا نسب له .

(الاحكام) ليس للولى أن يزوج المرأة من غير كفؤ الا برضاها ورضا سائر الاولياء لحديث عائشة ، ولان فى ذلك الحاق عار بها وسائر الاولياء فلم يجز من غير رضاهم قال الشيخ أبو حامد . والأولياء الذين يعتبر رضاهم فى نكاح المرأة من غير كفؤ هو كل من كان وليا للعقد حال التزويج ، فأما من يجوز أن تنتقل اليه

الولاية فلا يعتبر رضاه ، فإن دعت المرأة أولياءها أن يزوجوها من غير كفؤ فامتنعوا لم يجبروا على ذلك ، ولا ينوب الحاكم منابهم فى تزويجها لحديث عائشة « فانكحوا الاكفاء وانكحوا اليهم » .

قال العزيزى فى شرح الجامع الصغير : يحتمل أن المراد تزوجوا الخيرات واضموا اليهن فالهمزة همزة وصل فى الفعلين وأطلق ضمير المذكر على المؤنث ، وفيه رد على من لم يشترط الكفاءة .

وقال الشيخ الحفنى فى شرحه على الجامع الصغير : أى تزوجوا النساء المكافئات لكم من النساء ، وانكحوا اليهم أى ميلوا اليهم من قولنا تناكحت الأشجار إذا مال بعضها على بعض ، وقد استعير ضمير الذكور للإناث فى قوله اليهم ، ولو كان المراد من الثانى ، وزوجوا بناتكم الأكفاء لقال : وأنكحوهن ولم يقل اليهم فهو بوصل الهمزة فى الموضعين لا يقطعها فى الثانى .

(قلت) لم يجبروا على تزويجها ولا ينوب الحاكم منابهم فى تزويجها ولما روى عن على أن النبى صلى الله عليه وسلم قال « ثلاثة لا يؤخرن : الصلاة إذا أتت ، والجنازة إذا حضرت ، والأيم إذا وجدت كفؤا » رواه الترمذى ، فدل على أنها إذا وجدت غير كفؤ جاز أن تؤخر ، وإن دعت المرأة الولى أن يزوجها من كفؤ بأقل من مهر مثلها وجب عليه إجابتها ، فإن زوجها وإلا زوجها الحاكم ، فإن كان لها أولياء فزوجها أحدهم بأقل من مهر مثلها ، أو زوجها واحد منهم بذلك ألزموا الزوج مهر مثلها ولم يكن لهم فسخ النكاح .

دليلنا ما روى أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : من استحل بدرهمين فقد استحل ، ولأن كل من لا يملك الاعتراض عليها فى جنس المهر لم يكن له الاعتراض عليها فى قدره كأباعد الأولياء والأجانب ، ولأن المهر حق لها ولا عار عليهم بذلك فلم يكن لهم الاعتراض عليها .

(فرع) فإن زوجت المرأة من غير كفؤ برضاها ورضى سائر الأولياء صح النكاح ، وبه قال مالك وأبو حنيفة وأكثر أهل العلم . وقال سفيان وأحمد وعبد الملك بن الماجشون : لا يصح .

دليلنا : ما روى أن فاطمة بنت قيس أتت النبي صلى الله عليه وسلم فقالت يارسول الله إن معاوية وأبا الجهم خطباني على حد الرواية التي ساقها المصنف أو على حد الرواية التي أخرجها أكثر الجماعة باشراك أسامة في خطبتها ثم اختار النبي (ص) أسامة لها لخلوه من صعلكة معاوية وقسوة أبي الجهم مع أنه كان من الموالى ، قالت فزوجت أبا زيد ، وفاطمة قرشية وأسامة مولى رسول الله صلى الله عليه وسلم .

وروى أبو هريرة رضى الله عنه قال : حجم أبو هند رسول الله صلى الله عليه وسلم في اليافوخ ، فقال النبي صلى الله عليه وسلم يا بنى بياضة أنكحوا أبا هند وانكحوا اليه ، رواه أبو داود والحاكم وحسنه ابن حجر في التلخيص فندبهم الى التزوج من حجام وليس بكفؤ لهم .

وروى أن بلالا رضى الله عنه تزوج بهالة بنت عوف أخت عبد الرحمن بن عوف رضى الله عنهم ، وقيل : بل هو حذيفة ، روى الدارقطني عن حنظلة بن أبي سفيان الجمحي عن أمه قالت رأيت أخت عبد الرحمن بن عوف تحت بلال .

وروى أن سلمان الفارسي خطب الى عمر بن الخطاب رضى الله عنهما ابنته فأنعم له عمر رضى الله عنه فكره ذلك عبد الله بن عمر ، فلقى عمرو بن العاص فأخبره بذلك فقال أنا أكفيك هذا فلقى سلمان فقال له عمرو : هنيئاً لك فقال بماذا ؟ فقال : تواضع لك أمير المؤمنين ، فقال سلمان : ألمثلى يتواضع ؟ والله لا تزوجتها أبداً . وعن عائشة أن أبا حذيفة بن عتبة بن ربيعة بن عبد شمس ، وكان ممن شهد بدراً مع النبي صلى الله عليه وسلم تبنى سالما وأنكحه ابنة أخيه الوليد ابن عتبة بن ربيعة وهو مولى لامرأة من الانصار .

(فرع) فإن زوج الأب أو الجد البكر من غير كفؤ بغير رضاها أو زوجها أحد الأولياء بغير كفؤ برضاها من غير رضا سائر الأولياء ، فقد قال الشافعي النكاح باطل . وقال في موضع كان للباقين الرد ، وهذا يدل على أنه وقع صحيحاً واختلف أصحابنا فيها على ثلاث طرق ، فمنهم من قال فيها قولان ، وهو اختيار الشيخ أبو حامد .

(أحدهما) أن النكاح صحيح ويثبت لها ولسائر الاولياء الخيار في فسخه ، لان

النقص دخل عليها ، وحصول النقص لا يمنع صحة العقد ، وإنما يثبت الخيار كما لو اشترى لموكله شيئاً معيبا .

(والثانى) أن العقد لا يصح ، لأن العاقد تصرف فى حق غيره ، فإذا فرط بطل العقد ، كما لو باع الوكيل بأقل من ثمن المثل . ومنهم من قال : العقد باطل قولا واحداً ، وحيث قال : كان للباقين الرد ، أى المنع من العقد ، ومنهم من قال هى على حالين ، فحيث قال : يبطل العقد أراد إذا عقد وهو يعلم أنه ليس بكفؤ ؛ وحيث قال : لا يبطل العقد أراد إذا عقد ولم يعلم أنه غير كفؤ ، كما قلنا فى الوكيل إذا اشترى شيئا معيبا يعلم بعيبه لم يصح فى حق الموكل ، وإن اشتراه وهو لا يعلم بعيبه صح فى حق موكله ، هذا مذهبنا . وقال أبو حنيفة : إذا زوجها أحد الأولياء بغير كفؤ برضاها لم يكن للباقين فى ذلك اعتراض . دليلنا : أن رضا جميعهم معتبر فلم يسقط برضا بعضهم .

(فرع) وإن دعت المرأة وليها إلى تزويجها برجل وزعمت أنه كفؤ لها فقال الولى : ليس بكفؤ لها رفع ذلك إلى الحاكم ونظر فيه . فإن كان كفؤاً لها لزمه تزويجها به فإن امتنع زوجها منه ، وإن كان ليس بكفؤ لها لم يلزم الولى إجابتها اليه

(مسألة) الكفؤ معتبر فى خمسة أشياء كما قررنا النسب ، والدين ، والحرية ، والصنعة ، والسلامة من العيوب ، فأما النسب فان الاعجمى ليس بكفؤ للعربية ، وأما العجم فهم أكفاء لا فضل لبعضهم على بعض لما روى نافع عن ابن عمر أن النبى صلى الله عليه وسلم قال العرب أكفاء حى لحى الخ ، فدل على أن العجم ليسوا بأكفاء للعرب . وأما العرب فان غير قريش ليس بكفؤ للقرشيه .

وقال أبو حنيفه : بل هم أكفاء لهم ، دليلنا ماروى عن النبى صلى الله عليه وسلم إن الله عز وجل اختار العرب من سائر الأمم ، واختار من العرب قريش ، واختار من قريش بنى هاشم وبنى المطلب ، وأما قريش فان بنى هاشم وبنى المطلب أكفاء لقوله صلى الله عليه وسلم « ان بنى هاشم وبنى المطلب شىء واحد ، وشبك بين أصابعه » وهل يكون سائر قبائل قريش أكفاء لبنى هاشم وبنى المطلب ؟ فيه وجهان حكاهما المصنف .

(أحدهما) أنهم أكفاء كما أنهم فى الخلافة أكفاء (والثانى) إنهم ليسوا بأكفاء لهم، ولم يذكر الشيخ أبو حامد وابن الصباغ غيره لما روت عائشة أن النبى صلى الله عليه وسلم قال، قال لى جبريل: لم أجد فى مشارق الأرض ومغاربها أفضل من بنى هاشم اه

فأما سائر قبائل العرب فلا فضل لبعضهم على بعض لحديث «العرب بعضهم أكفاء بعض حى لحى وقبيلة لقبيلة ورجل لرجل إلا الحائك والحجام» قال الصيمرى: وموالى قريش أكفاء لقريش لقوله صلى الله عليه وسلم «موالى القوم من أنفسهم» قال العمرانى وهذا الذى ذكره الصيمرى مخالف لظاهر قول سائر أصحابنا لأنهم يحتجون على جواز نكاح المرأة بمن ليس بكفء لها بتزويج أسامة ابن زيد لفاطمة بنت قيس وأسامة مولى لرسول الله صلى الله عليه وسلم وفاطمة قرشية، ولو قيل فيها وجهان كالوجهين هل تحل الصدقة المفروضة لموالى بنى هاشم وبنى المطلب لكان محتملا

فأما إذا وطىء الرجل أمته فأولدها ولداً كان كفؤاً لمن أمه عربية لأن الولد يتبع الأب فى النسب دون الام بدليل أن الهاشمى لو تزوج أعجمية كان ولده منها هاشميا، ولو تزوج الاعجمى هاشمية فإن ولده منها أعجمى، وأما الدين فهو معتبر فالفاسق الذى يشرب الخمر ويزنى أو لا يصلى ليس بكفء للحرة العفيفة. وقال محمد بن الحسن هو كفؤ لها إلا أن يكون مظاهراً بسكره مولعاً بالصبيان.

دليلنا قوله تعالى «أفمن كان مؤمنا كمن كان فاسقاً لا يستوون» فنفى المساواة بينهما فى جميع الوجوه. ولقوله صلى الله عليه وسلم «اذا خطب اليكم من ترضون دينه وخلقه فزوجوه، إلا تفعلوا تكن فتنة فى الارض وفساد كبير» ولأن الفاسق لا يؤمن أن يحمله فسقه على أن يجنى على المرأة، فثبت لها الخيار فى فسخ نكاحه.

وأما الحرية فهى معتبرة؛ فالحرة ليست بكفء للعبد؛ والحر لا يكافىء الامة لقوله تعالى «ضرب الله مثلا عبداً مملوكا» إلى قوله تعالى «هل يستوون» فنفى المساواة بينهما، ولأن بريرة أعتقت تحت عبد فخيرها النبى صلى الله عليه وسلم. فإذا ثبت الخيار إذا طرأت عليها الحرية، فلأن يثبت لها الخيار إذا كانت حرة

عند ابتداء النكاح أولى ، ولأن عليه النفقة لها ولعيالها منه فلا يستطيع أن ينفق نفقة الموسرين .

وأما أهل الصنعة الدنيئة ، كالحمامى والزبال وما أشبههم ، وقد كانوا يعتبرون الحائك منهم لنص الحديث ، إلا الحائك والحجام ، فإن للصنعة تأثيراً فى الكفاءة ولأن الصنعة الدنيئة نقص فى العادة فاعتبرت .

فأما اليسار فاختلف أصحابنا فيه ، فمنهم من قال إنه معتبر بالمعسر ليس بكفء الموسرة لقوله صلى الله عليه وسلم والحسب المال، ولأنه لما ثبت أن العبد لا يكافىء الحرة لعجزه عن الإنفاق عليها نفقة الموسر فكذلك المعسر ، فعلى هذا لا يعتبر أن يكون الرجل مثل المرأة فى اليسار فى جميع الوجوه ، بل إذا كان كل واحد موسراً يساراً ما تكافأ ، وان اختلفا فى المال .

ومنهم من قال اليسار غير معتبر فى الكفاءة ، لأن النبى صلى الله عليه وسلم لم يكن من أهل اليسار ومات ودرعه مرهونة عند يهودى فى طعام أهله ، ولأن الفقر ليس بنقص فى الكفاءة فى العادة لأن المال يغدو ويروح ، ولهذا قال النبى صلى الله عليه وسلم لابنى خالد لا تيأسا من رزق الله تعالى

وأما السلامة من العيوب فهى معتبرة فى الكفاءة ، والعيوب فى الرجال الجنون والجذام والبرص والجب والعنة ، والعيوب فى النساء الجنون والجذام والبرص والرتق (١) والقرن ولها أحكام تأتى فى بابها

قال الصيمرى واعتبر قوم البلدان ، فقالوا ساكنوا مكة والمدينة والبصرة والكوفه ليسوا بأكفاء لمن يسكن الجبال . وهذا ليس بشيء ، وليس للحسن والقبح والطول والقصر والسخاء والبخل ونحو ذلك مدخل فى الكفاءة ، لأن ذلك ليس بنقص فى العادة ولا عار فيه ولا ضرر ، والميثان لرجل يدعى عروة الصعاليك كان يجمع الفقراء فى حظيرة ويرزقهم مما يغنم . والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب .

---

(١) الرتقاء التى لا يستطاع جماعها أو لا خرق لها إلا المبال خاصة .

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصـل) وإن كان للمرأة وليان وأذنت لكل واحد منهما فى تزويجها ، فزوجها كل واحد منهما من رجل نظرت ، فان كان العقدان فى وقت واحد ، أو لم يعلم متى عقدا ؟ أو علم أن أحدهما قبل الآخر ، ولكن لم يعلم عين السابق منهما بطل العقدان ، لأنه لا مزية لأحدهما على الآخر . وإن علم السابق ثم نسى وقف الأمر لأنه قد يتذكر . وإن علم السابق وتعين فالنكاح هو الاول والثانى باطل ، لما روى سمرة رضى الله عنه قال ، قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « أيما امرأة زوجها وليان فهى الأول منهما » فان ادعى كل واحد من الزوجين أنه هو الأول وادعيا علم المرأة به ، فان أنكرت العلم فالقول قولها مع يمينها ، لأن الأصل عدم العلم . وإن أقرت لأحدهما سلمت اليه ، وهل تحلف للآخر . فيه قولان .

(أحدهما) لا تحلف ، لأن اليمين تعرض على المنكر حتى يقر . ولو أقرت للثانى بعدما أقرت للأول لم يقبل فلم يكن فى تحليفها له فائدة

(والثانى) تحلف لأنها ربما نكلت وأقرت للثانى فيلزمها المهر ، فعلى هذا إن حلفت سقط دعوى الثانى ، وإن أقرت للثانى لم يقبل رجوعها ويجب عليها المهر للثانى . وإن نكلت رددنا اليمين على الثانى ، فان لم يحلف استقر النكاح الأول وإن حلف حصل مع الأول إقرار ؛ ومع الثانى يمين ، ونكول المدعى عليه ، فان قلنا إنه كالبينة حكم بالنكاح للثانى ، لأن البينة تقدم على الإقرار ، وإن قلنا انه بمنزلة الاقرار وهو الصحيح ففيه وجهان

(أحدهما) يحكم ببطلان النكاحين ، لأن مع الاول إقراراً ومع الثانى ما يقوم مقام الاقرار ، فصار كما لو أقرت لهما فى وقت واحد

(والثانى) أن النكاح للأول لانه سبق الاقرار له فلم يبطل باقرار بعده ويجب عليها المهر للثانى كما لو أقرت للأول ثم أقرت للثانى

(الشرح) الاحكام : اذا كان للمرأة وليان فى درجة واحدة فأذنت لكل

واحد منهما أن يزوجها برجل غير الذى أذنت به الآخر ، أو أذنت لكل واحد منهما أن يزوجها برجل ولم يعين . وقلنا يجوز ، فزوجها كل واحد منهما برجل ، ففيه خمس مسائل :

(١) أن يعلم أن العقدين وقعا معاً فى حالة واحدة فهما باطلان ، لأنه لا يمكن الجمع بينهما ، إذ المرأة لا يجوز أن يكون لها زوجان لاختلاط النسب وفساده ، وليس أحدهما أولى من الاخر فى التقديم فبطلا كما لو تزوج أختين فى عقد واحد

(٢) أن لا يعلم هل وقع العقدان فى حالة واحدة أو سبق أحدهما الاخر ، فقال أصحابنا البغداديون بطل العقدان ، لأنه لا يمكن الجمع بينهما ، ولا مزية لأحدهما على الاخر فى التقديم . وقال الخراسانيون : بطل العقدان فى الظاهر ، وهل يبطلان فى الباطن . فيه وجهان

(٣) أن يعلم أن أحدهما سبق الاخر إلا أنه أشكل عين السابق منهما ، فقال أصحابنا البغداديون بطل العقدان لما ذكرنا فى الذى قبلها . ومن أصحابنا من قال فيها قولان (أحدهما) أنهما باطلان (والثانى) يتوقف فيهما بناء على القولين فى الجمعتين إذا وقعتا معاً فى بلدة وعلم بسبق إحداهما ، ولم يتيقن السابقة ، وهذا اختيار الجوينى .

(٤) أن يعلم أن أحد العقدين سبق الاخر : ونسى السابق منهما ، فيتوقفان الى أن يتذكر السابق ، لأن الظاهر مما علم ثم نسى أن يتذكر

(٥) أن يعلم السابق منهما ويتعين ويذكر ، فإن النكاح الصحيح هو الأول ، والثانى باطل ، سواء دخلا بها أو لم يدخلا بها . أو دخل بها أحدهما ، وبه قال فى الصحابة على رضى الله عنه ، ومن التابعين شريح والحسن البصرى . ومن الفقهاء الأوزاعى وأبو حنيفة وأحمد وإسحاق ، وذهبت طائفة الى أنه ان لم يطأها أحدهما أو وطئاها معاً أو وطئها الاول دون الثانى فهى للأول كقولنا . وان وطئها الأول دون الثانى فالنكاح للثانى دون الاول . وبه قال عمر (رض) وعطاء والزهرى ومالك دليلنا قوله تعالى «حرمت عليكم أمهاتكم» الى قوله «والمحصنات من النساء» والمراد به المزوجات ولم يفرق وروى سمرة أن النبى (ص) قال اذا أنكح الوليان فهى للأول منهما ولأنه نكاح لو عرى عن الوطء لم يصح ، فاذا كان فيه الوطء لم يصح كنكاح المعتدة والمحرمة بالحج

(فرع) إذا زوج المرأة وليان من رجلين ولم يعلم السابق منهما ، وادعى كل واحد من الزوجين أنه هو السابق منهما نظرت ، فإن ادعى أحد الزوجين ، قال المسعودي : لم تسمع دعواه ، لأنه لا شيء في يده ، وإن ادعيا على الولي — فإن كان غير مستبد بنفسه — بأن لا يصح إنكاحه إلا بإذنها ، لم تسمع دعواهما عليه وإن كان مستبداً بنفسه كالاب والجد في تزويج البكر ، هل تسمع الدعوى عليه ؟ فيه قولان ؛ فان ادعيا على المرأة ، وادعيا علمها بذلك ؛ هل تسمع الدعوى عليها فيه قولان بناء على القولين في إقرارها لاحدهما بالسبق ، هل يقبل ؟ قال في القديم يقبل إقرارها : فعلى هذا تسمع الدعوى عليها . وقال في الجديد : لا يقبل إقرارها فعلى هذا لا تسمع الدعوى عليها .

وأما الشيخ أبو حامد والبغداديون من أصحابنا فقالوا : تسمع الدعوى عليها من غير تفسير ، فإذا قلنا : تسمع الدعوى عليها — نظرت — فان أنكرت أنها لا تعرف السابق منهما فالقول قولها مع يمينها أنها لا تعرف السابق ، فإذا حلفت سقطت دعواهما وبطل النكاحان فإن نكلت عن اليمين ردت اليمين عليهما فيحلف كل واحد منهما أنه هو السابق بالعقد ، فاذا حلفا بطل النكاحان ، لأن كل واحد قد اثبت بيمينه أنه هو السابق ، ولا مزية لأحدهما على الآخر فبطلا ، وان حلف أحدهما ونكل الآخر ثبت نكاح الحالف وبطل نكاح الناكل ، فان نكلا جميعاً بطل النكاحان أيضاً ، لانه لا مزية لاحدهما على الآخر ، وإن أقرت أنها تعلم السابق منهما نظرت ، فان أقرت لكل واحد منهما سابقا فيكون دعواهما عليها باقية فيطالب بالجواب ، وإن أقرت لأحدهما أنه هو السابق حكم بالنكاح له لأنه لم يثبت عليها نكاح غير المقر له حال الإقرار ، فقبل اقرارها على نفسها ، فإن أراد الثاني أن يحلفها بعد اقرارها للأول أنها لا تعلم ، لانه هو السابق ، فهل يلزمها أن تحلف له ، فيه قولان بناء على أنها أقرت للثاني هل يلزمها غرم ، فيه قولان كالقولين فيمن أقر بدار لزيد ثم أقر بها لعمرو ، فهل يلزمه الغرم لعمرو ، فيه قولان .

(أحدهما) لا يلزمها أن تحلف للثاني لأنها لو أقرت له لم يقبل اقرارها له ، فلا معنى لعرض اليمين عليها .

(والثانى) يلزمها أن تحلف للثانى بجواز أن تخاف من اليمين فتقر له فيلزمها الغرم ، فان قلنا : لا يلزمها أن تحلف للثانى ثبت النكاح للأول وانصرف الثانى وان قلنا : يلزمها أن تحلف للثانى نظرت ، فان حلفت له انصرف ، وان أقرت للثانى بأنه هو السابق لم يقبل قولها فى النكاح لأن فى ذلك اسقاط حق للأول الذى قد ثبت ، ولكنها قد أقرت أنها حالت بين الثانى وبين بضعها باقرارها الاول وهل يلزمها أن تغرم له .

قال الشيخ أبو حامد : فيه قولان كما لو أقرت بدار لزيد ثم أقرت به لعمرو . قال المحاملى وابن الصباغ : يلزمها له الغرم قولا واحداً ، لأنا انما عرضنا عليها اليمين على القول الذى يقول يلزمها الغرم فاذا أقرت له لزمها أن تغرم له عوض ما حالت بينه وبينه ، وكم يلزمها من الغرم .

قال الشيخ أبو حامد وأكثر أصحابنا : يلزمها أن تغرم جميع مهر المثل . والثانى نصف مهر مثلها كالقولين فى المرأة اذا أرضعت زوجة لرجل وانفسخ نكاحها بذلك ، وان لم تقر للثانى ولا حلفت له ، بل نكلت عن اليمين ردت اليمين عليه ؛ فان قلنا ان يمين المدعى مع نكول المدعى عليه يحل محل البينة ثبت النكاح للثانى وانفسخ نكاح الاول .

قال الشيخ أبو حامد وهذا القول ضعيف جدا ، وان قلنا ان يمين المدعى مع نكول المدعى عليه يحل محل اقرار المدعى عليه وهو الصحيح ، ففيه وجهان . قال الشيخ أبو اسحاق يبطل النكاحان ، لان مع الاول اقرارا ومع الثانى ما يقوم مقام الاقرار ، وليس أحدهما أولى من الاخر فبطلا . ومن أصحابنا من قال يثبت نكاح الاول لان اقرارها له أسبق .

قال الشيخ أبو اسحاق الشيرازى صاحب المهذب وابن الصباغ والمحاملى يلزمها على هذا أن تقوم مهر مثلها للثانى وذكر الشيخ ابو حامد فى التعليق هل يلزمها الغرم للثانى محل هذا ، فيه قولان .

قال ابن الصباغ فعلى قول أبى اسحاق لا تعرض عليها اليمين ، لانه لا فائدة فيها هذا ترتيب البغداديين . وقال المسعودى : اذا نكحت وحلف الثانى فهل ينفسخ

نكاح الأول ، فيه وجهان ؛ فإذا قلنا ينفسخ ، قال القفال : فانه لا يثبت نكاح الثانى ، والأول المشهور .

(فرع) قال الشافعى رحمه الله فى الإملاء : إذا زوج الرجل أخته من رجل ثم مات الزوج فادعى ورثته أن الأخ زوجها بغير إذنها ، فالنكاح باطل ولا ترث وإذا ادعت المرأة أنه زوجها بإذنها فالقول قولها وترث : لأن هذا اختلاف فى إذنها وهى أعلم به ، ولأن الأصل فى النكاح أنه يقع صحيحاً ، فاذا ادعى الورثة بفساده كان القول قولها لأن الظاهر صحته .

قال فى الاملاء : إذا قال رجل : هذه المرأة زوجتى وصدقته على ذلك تمت الزوجية بينهما ، وأيهما مات ورثه الآخر لأن الزوجية قد ثبتت ، وإن قال رجل هذه زوجتى فسكتت ، فان ماتت لم يرثها ، لأن إقراره عليها لا يقبل ، فإن مات ورثته لأن إقراره على نفسه مقبول ، وكذلك إذا أقرت المرأة بالزوجية من رجل ولم يسمع منه إقرار ، فإن مات لم ترثه ، وإن ماتت ورثها كما ذكرناه فى التى قبلها والله تعالى أعلم .

قال المصنف رحمه الله :

﴿ فصل ﴾ ويجوز لولى الصبى أن يزوجه إذا رأى ذلك ، لما روى أن عمر رضى الله عنه زوج ابناً له صغيراً ، ولأنه يحتاج اليه إذا بلغ : فاذا زوجه ألف حفظ الفرج ، وهل له أن يزوجه بأكثر من إمرأة ، فيه وجهان .

(أحدهما) لا يجوز لان حفظ الفرج يحصل بامرأة .

(والثانى) يجوز أن يزوجه بأربع ، لانه قد يكون له فيه حفظ ، وأما المجنون فانه ان كان له حال افاقة لم يجز تزويجه بغير اذنه ، لأنه يمكن استئذانه فلا يجوز الافتيات عليه ، وان لم يكن له حال افاقة ورأى الولى تزويجه للعفة أو الخدمة زوجه ، لان له فيه مصلحة وأما المحجور عليه لسفه — فانه ان رأى الولى تزويجه — زوجه ، لأن ذلك من مصلحته فان كان كثير الطلاق سراه بجارية ، لانه لا يقدر على اعتاقها ، وان طلب التزويج وهو محتاج اليه فامتنع الولى فتزوج بغير اذنه ففيه وجهان .

(أحدهما) أنه لا يصح لأنه تزوج بغير اذنه فلم يصح منه، كما لو تزوج قبل الطلب (والثانى) يصح لانه حق وجب له يجوز له أن يستوفيه باذن من هو عليه فاذا امتنع جاز له أن يستوفيه بنفسه، كما لو كان له على رجل دين وامتنع من أدائه وأما العبد فانه ان كان بالغاً فهل يجوز لمولاه أن يزوجه بغير رضاه، فيه قولان.

(أحدهما) له ذلك لأنه مملوك يملك بيعه واجارته، فملك تزويجه من غير رضاه كالأمة (والثانى) ليس له ذلك لأن النكاح معنى يقصد به الاستمتاع فلم يملك اجباره عليه كالقسم، وان كان صغيراً ففيه طريقان.

(أحدهما) أنه على القولين لأنه تصرف بحق الملك فاستوى فيه الصغير والكبير كالبيع والاجارة.

(والثانى) أنه يملك تزويجه قولا واحداً، لانه ليس من أهل التصرف فجاز تزويجه كالابن الصغير، وان دعا العبد البالغ مولاه الى النكاح ففيه قولان.

أحدهما: يلزمه تزويجه لأنه مكلف مولى عليه، فاذا طلب التزويج وجب تزويجه كالسفيه. والثانى: لا يلزمه لأنه يملك بيعه واجارته فلم يلزمه تزويجه كالأمة، وأما المكاتب فلا يملك المولى اجباره على النكاح لأنه سقط حقه من رقبته ومنفعته، فان دعا المكاتب المولى الى التزويج، فان قلنا يجب عليه تزويج العبد فالمكاتب أولى.

وان قلنا: لا يجب عليه تزويج العبد ففى المكاتب وجهان (أحدهما) لا يجب لأنه مملوك، فلم يلزمه تزويجه كالعبد (والثانى) يجب لأنه لا حق له فى كسبه بخلاف العبد، فان كسبه للمولى فاذا زوجه بطل عليه كسبه بالمهر والنفقة.

(الشرح) الاحكام: يجوز للأب والجد أن يزوج ابنه الصغير اذا كان عاقلا لما روى أن ابن عمر زوج ابنا له صغيراً، ولانه يملك التصرف فى مصلحته والنكاح مصلحة له، لانه ان بلغ وهو محتاج الى النكاح وجد شريكة تحته يستمتع بها وينتفع بخدمتها وتقوم على حوائجه فيكون ذلك سكنا له، وان بلغ وهو غير محتاج الى النكاح فان المرأة تكون سكنا له، هذا نقل أصحابنا البغداديين.

وقال المسعودى: هل يزوج الصغير، فيه وجهان، الأصح لا يزوجه لانه

لا حاجة به اليه ؛ وكم يجوز للأب والجد أن يزوجا الصغير ؟ حكى الشيخ أبو حامد أن الشافعي رضي الله عنه قال : له أن يزوجه بزوجة واحدة واثنتين وثلاثا وأربعا كالبالغ ، ومن أصحابنا من قال : لا يجوز له أن يزوجه بأكثر من واحدة ، لأنه لا حاجة به إلى ما زاد عليها ، ويجوز للولى والحاكم أن يزوجا الصغير كما قلنا فى الاب والجد .

(فرع) ولا يجوز للأب والجد ولا للوصى ولا للحاكم تزويج الصغير المجنون لأنه لا يحتاج إلى النكاح فى الحال ، ولا يدرى إذا بلغ هل يحتاج إلى النكاح أم لا ، بخلاف الصغير العاقل ، لأن الظاهر أنه يحتاج الى النكاح عند بلوغه ، فان كان المجنون بالغاً نظرت ، فان كان يجن ويفيق ، لم يجز للولى تزويجه لان له حالة يمكن استئذانه فيها وهى حال إفاقته ، وإن لم يكن له حال الافاقة ، فان كان خصيا أو مجبوبا أو علم أنه لا يشتهى النكاح لم يجز للولى تزويجه لانه لا حاجة به الى النكاح ، وان علم أنه يشتهى بأن يراه يتبع نظره النساء أو علم ذلك بانتشار ذكره أو غير ذلك جاز للاب والجد تزويجه لان فيه مصلحة له ، وهو ما يحصل له به من العفاف ، فان لم يكن له أب ولا جد زوجه الحاكم .

(مسألة) قال الشافعي رضي الله عنه : وليس له أن يزوج ابنته الصغيرة عبداً ولا غير كفؤ ولا مجنوناً ولا مخبولا ولا مجذوما ولا أبرص .

وهذا كما قال : لا يجوز للرجل أن يزوجها لغير كفؤ . وقد مضى شروط الكفاءة . والمريض بمرض عقلى أو جسمانى مزمن لا يجوز له أن يرضى به زوجا لابنته الصغيرة . لأن القصد من النكاح الاستمتاع وهذا متعذر منه ولانه لا يؤمن ان يجنى عليها . والمخبول هو الذى تقادم جنونه وسكن . فلا يتأذى الناس به ، أو يكون أبله لا يحصل منه أذية ، وهذا يحدث من خلل فى تلافيف المخ يترتب عليها أعراض ظاهرة كارتخاء الشفتين أو انفراج الفم وسيلان اللعاب والعى والفهاهة فى النطق ، لان مراكز المخ اذا اختلت بعض خلاياها وما أكثرها ظهرت أعراضها فان بعضها مختص بحواس البشرة واللمس وبعضها بحواس الشم وبعضها بحواس الذوق الى آخر ما عند الانسان من آفاق حيويه مادية ومعنوية

كل خلجة منها لها خلية فى المخ تعطى إشاراتها الى بقية أجزاء الجسم فأى خلل فى خلية منها يعطل وظيفتها فيظهر ذلك فى وجهه أو تصرفاته أو صوته ، فينبغى مراعاة جانب الصحة النفسية لمن أراد أن يزوج صغيرته حتى لا أشقى بسوء اختيار أبيها أو جدها أو وليها

وقال الشيخ أبو حامد فى الابرص والمجذوم : ولأنه يقال إن هذه العيوب تعدى . وربما اعدت اليها أو إلى ولدها منه ، وكذلك لا يزوجها بخصى ولا مجبوب . لأن المقصود من النكاح الاستمتاع . وذلك لا يوجد منه . فان خالف الاب وزوج ابنته الصغيرة ممن به أحد هذه العيوب فهل يصح النكاح على الطرق الثلاث إذا زوج المرأة من غير كفء بغير رضاها أو من غير رضى سائر الاولياء فاذا قلنا ان النكاح باطل فلا كلام . وان قلنا ان النكاح صحيح فهل يجب على الاب أن يختار فسخ النكاح أو يدعه حتى تبلغ فتختار . حكى القاضى أبو الطيب فيه قولان وحكاهما الشيخ أبو حامد وجهين

(أحدهما) يجب عليه ذلك لأنه قد فرط فكان عليه أن يتلافى تفريطه كالوكيل إذا اشترى شيئا معيبا

(والثانى) لا يجب عليه وليس له ذلك . لان الشهوات والميول تختلف . وقد تختار المرأة التزوج ممن به هذه العيوب ، فعلى هذا اذا بلغت كانت بالخيار إن شاءت فسخته وان شاءت أقرته

قال ابن الصباغ ، هذا إذا كان المزوج هو الولى وحده . فأما اذا كان معه غيره فلهم الاعتراض على العقد وفسخه قولا واحداً . لأن العاقد أسقط حقه برضاه والباقون لم يرضوا . وان أراد أن يزوج أمته من عبد جاز لانه مكافئ . لها أما اذا أرادت ان تزوج بمجنون او مجذوم او ابرص او مجبوب او خصى لم يكن له ذلك ، لان الضرر الذى يلحق الحرة فى ذلك يلحق الامة

(فرع) ولا يزوج ابنه الصغير بامرأة ليست بكفء له . ولا بمجنونة ولا مخبولة ولا مجذومة ولا برصاء ولا رتقاء لانه لا مصلحة له فى تزويج احداهن . فان زوجه بأمة لم يصح قولاً واحداً . لان تزويج الامة انما يصح للحر اذا لم يجد طول حرة ويخاف العنت .

وإن زوج إبنه المجنون برتقاء ، فإن قلنا يصح تزويج الصغير العاقل بها صح بالمجنون ، وإن قلنا لا يصح تزويج الصغير العاقل بها ففي المجنون وجهان . (أحدهما) لا يصح كما لو زوجها من الصغير العاقل (والثاني) يصح لأنه لا ضرر عليه في ذلك لأنه لا يحتاج إلى الوطء .

(فرع) قال الصيمري : ولا يزوج ابنه الصغير بعجوز هرمة ولا بمقطوعة اليدين والرجلين ولا عمياء ولا زمنة ولا يهودية ولا نصرانية ، ولا يزوج ابنته الصغيرة بشيخ هرم ، ولا بمقطوع اليدين والرجلين ، ولا بأعمى ولا زمن ولا بفقير وهي غنية ، فإن فعل ذلك فسخ . وعندي أنها تحتمل وجها آخر أنه لا يكون له الفسخ لأنه ليس بأعظم ممن زوج ابنته الصغيرة بمجذوم أو أبرص

قال المصنف رحمه الله تعالى :

﴿ فصل ﴾ ولا يصح النكاح إلا بشاهدين . وقال أبو ثور يصح من غير شهادة لأنه عقد فصح من غير شهادة كالبيع . وهذا خطأ لما روت عائشة رضي الله عنها أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : كل نكاح لم يحضره أربعة فهو سفاح . خاطب وولي وشاهدان . ويخالف البيع فإن القصد منه المال والقصد من النكاح الاستمتاع وطلب الولد ، ومبناهما على الاحتياط ولا يصح إلا بشاهدين ذكرين فإن عقد برجل وامرأتين لم يصح لحديث عائشة رضي الله عنها ، ولا يصح إلا بعدلين لما روى ابن مسعود رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال « لا نكاح إلا بولي وشاهدي عدل »

فان عقد بمجهولي الحال ففيه وجهان (أحدهما) وهو قول أبي سعيد الاصطخري أنه لا يصح ، لأن ما افتقر ثبوته إلى الشهادة لم يثبت بمجهولين كالإثبات عند الحاكم (والثاني) يصح وهو المذهب لأنا لو اعتبرنا العدالة الباطنة لم تصح أنكحة العامة إلا بحضرة الحاكم لأنهم لا يعرفون شروط العدالة ، وفي ذلك مشقة فاكتفي بالعدالة الظاهرة كما اكتفي في الحوادث في حقهم بالتقليد حين شق عليهم ادراكها بالدليل ، فإن عقد بمجهولين ثم بان انهما كانا فاسقين لم يصح لأنا حكمنا بصحته في الظاهر ، فإذا بان خلافه حكم بإبطاله ، كما لو حكم الحاكم

باجتهاده ثم وجد النص بخلافه . ومن أصحابنا من قال : فيه قولان بناء على القولين في الحاكم إذا حكم بشهادة شاهدين ثم بان أنهما كانا فاسقين ، وإن عقد بشهادة أعميين ففيه وجهان .

(أحدهما) أنه يصح ، لأن الأعمى يجوز أن يكون شاهدا ،

(والثاني) لا يصح ، لانه لا يعرف العاقد فهو كالاصم الذى لا يسمع لفظ العاقد ويصح بشهادة ابنى أحد الزوجين ، لانه يجوز أن يثبت النكاح بشهادتهما وهو إذا جحد الزوج الآخر وهل يصح بشهادة ابنيهما ؟ أو بشهادة ابن الزوج وابن الزوجة ، فيه وجهان (أحدهما) يصح لأنهما من أهل الشهادة (والثانى) لا يصح لانه لا يثبت هذا النكاح بشهادتهما بحال .

(فصل) وإذا اختلف الزوجان فقالت الزوجة : عقدنا بشاهدين فاسقين وقال الزوج : عقدنا بعدلين ، ففيه وجهان (أحدهما) ان القول قول الزوج لان الاصل بقاء العدالة (والثانى) أن القول قول الزوجة ، لان الاصل عدم النكاح وإن تصادقا على أنهما تزوجا بولي وشاهدين ، وأنكر الولى والشاهدان لم يلتفت إلى إنكارهم لان الحق لهما دون الولى والشاهدين .

(الشرح) حديثا عائشة وابن مسعود رضى الله عنهما مضى تخريجهما فى بحث النكاح بولي . أما الأحكام : فإنه لا يصح النكاح إلا بحضرة شاهدين ذكرين عدلين ، وروى ذلك عن عمر بن الخطاب وعلى بن أبي طالب وابن عباس والحسن البصري وابن المسيب والنخعى والشعبي والاوزاعى وأحمد بن حنبل . وقال ابن عمر وابن الزبير وعبد الرحمن بن مهدى وداود وأهل الظاهر . لا يفتقر النكاح إلى الشهادة ، وبه قال مالك ، إلا أنه قال من شرطه أن لا يتواصوا بكتمانه ، وان تواصوا على كتمانه لم يصح النكاح وان حضره شهود ؛ وبه قال الزهرى . وقال أبو حنيفة : من شرطه الشهادة الا أنه ينعقد بشهادة رجلين فاسقين وعدوين ومحدودين ، وشاهد وامرأتين .

دليلنا ما روى عمران بن الحصين رضى الله عنهما أن النبي صلى الله عليه وسلم قال « لا نكاح الا بولي وشاهدى عدل » رواه أحمد فى رواية ابنه عبد الله ورواه الدارقطنى ، وأشار اليه الترمذى ، وروت عائشة أن النبي صلى الله عليه وسلم قال

« كل نكاح لم يحضره أربعة فهو سفاح: خاطب وولى وشاهدان » وعنها رضى الله عنها أن النبي صلى الله عليه وسلم قال « لا نكاح إلا بولى وشاهدى عدل » وعن ابن عباس رضى الله عنهما ان النبي صلى الله عليه وسلم قال « لا نكاح إلا بولى مرشد وشاهدى عدل » وعنه رضى الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال « البغايا اللاتى ينكحن أنفسهن بغير بينة » رواه الترمذى ؛ وهذه الأحاديث وغيرها مضى تخريجها فى الولى ، ولأنه عقد فلم يكن من شرطه ترك التواصى بالكتمان كالبيع ، ولان كل مالم يثبت بشهادة عدلين لم يثبت بشهادة فاسقين كالإثبات عند الحاكم .

(فرع) قال الشافعى رضى الله عنه : والشهود على العدل حتى يعلم الجرح يوم وقع النكاح . وجملة ذلك أنه إذا عقد بحضرة شاهدين فإن علمت عدالتهما ظاهرا وباطنا انعقد النكاح بشهادتهما ، وإن علمت عدالتهما فى الظاهر وجهلت فى الباطن ففيه وجهان حكاهما المصنف .

قال أبو سعيد الاصطخرى : لا يصح لان ما افتقر ثبوته إلى الشهادة لم يثبت بمجهول الحال كالاثبات عند الحاكم ، والثانى — وهو المذهب ولم يحك الشيخ أبو حامد وابن الصباغ غيره — أن النكاح صحيح لأن الظاهر العدالة ، ولأنا لو اعتبرنا العدالة الباطنة لم ينعقد النكاح إلا بحضرة الحاكم ، لان العامة لا يعرفون شروط العدالة ، وقد أجمع المسلمون على جواز انعقاده بغير حضور الحاكم . فإذا قلنا بهذا فبان أنهما فاسقان ، فان حدث هذا الفسق بعد العقد لم يؤثر ، لأن الاعتبار وجود العدالة حال العقد ، وإن بان أنهما فاسقان حال العقد لم يصح النكاح ، لأن فسقهما ينافى قبول شهادتهما على النكاح .

ومن أصحابنا من قال : فيه قولان كالقولين فى الحاكم إذا حكم بشهادة شاهدين ظاهرهما العدالة ؛ ثم بان فسقهما حال الشهادة وليس بشىء ، فإن ترافع الزوجان الى الحاكم وأقرا بالنكاح وأنه عقد بشهادة رجلين ظاهرهما العدالة واختصما فى حق من حقوق الزوجية كالنفقة والكسوة وما أشبههما ؛ فإن الحاكم يحكم بينهما فيما احتكما فيه ، ولا ينظر فى حال عدالة شاهدين فى الباطن إلا أن يعلم أنهما فاسقان فلا يحكم بينهما ، وإن جحد أحد الزوجين الآخر — فأما المدعى منهما بشاهدين — فإن علم الحاكم عدالتهما ظاهراً وباطناً حين عقد النكاح حكم

بصحة النكاح ، وإن علم فسقهما حال الشهادة لم يحكم بصحة العقد بل يحكم بفساده على المذهب ، فإن عرف أنهما كانا عدلين فى الظاهر وجهل عدالتهما فى الباطن فلا يجوز أن يحكم بصحة العقد ولا بفساده بل يتوقف الى أن يعلم عدالتهما فى الباطن ، لأنه لا يجوز أن يحكم بشهادة شاهد الا بعد معرفة حاله ظاهراً وباطناً ، بخلاف ما لو أقر بالنكاح ، هكذا ذكر الشيخ أبو حامد فى التعليق . وذكر ابن الصباغ أن الرجل اذا ادعى نكاح امرأة بولى وشاهدى عدل فأقام شاهدين عدلين عند الحاكم فإنه يبحث عن حالهما عند الحاكم ولا يبحث عن حالهما حين العقد ، والاول أصح . وهل ينعقد النكاح بشهادة أعميين أو أعمى وبصير ؟ فيه وجهان أحدهما ينعقد ، لأن الاعمى من اهل الشهادة ، والثانى : لا يصح لانه لا يعرف العاقد فهو كالأصم الذى لا يسمع لفظ العاقد ، وهل ينعقد بشهادة أخرسين أو أخرس وناطق ؟ فيه وجهان (أحدهما) لا ينعقد ، قال الشيخ أبو حامد : وهو المذهب ، لأن الشهادة تفتقر الى صريح اللفظ ، والأخرس لا يتأتى منه ذلك . (والثانى) ينعقد . قال القاضى أبو الطيب : وهو المذهب لأن اشارته اذا كانت مفهومة تقوم مقام عبارة غيره ، وهل تنعقد شهادة أصحاب الصنع الدنيئة مثل الحجام والقصاب والكناس وغيرهم ؟ فيه وجهان بناء على جواز قبول شهادتهم فى سائر الحقوق ، ويأتى بيانهما فى موضعهما ، وان عقد النكاح بشهادة ابنى أحد الزوجين أو بشهادة ابنه وحده أو بشهادة عدوى أحد الزوجين صح النكاح لانه يثبت بشهادتهما ، وهو اذا شهد الابنان على والدهما أو شهد العدوان لعدوهما ؛ وان عقد النكاح بشهادة ابنى الزوجين أو ابن لهذا وابن لهذه أو جد هذا وجد هذه أو عدوين لهما ففيه وجهان ، أحدهما ينعقد لانهما من أهل الشهادة فى النكاح فى الجملة ، والثانى : لا ينعقد لانه لا يثبت بشهادتهما بحال من الاحوال ، من أصحابنا الخراسانين من قال : ينعقد بشهادة العدوين وجها واحداً ، لان العداوة قد تزول

(فرع) وليس من شرط الشهادة احضار الشاهدين بل لو حضر الشاهدان لانفسهما وسمعا الايجاب والقبول صح ذلك ولو سمعا الايجاب والقبول ولم يسمعا الصداق صح النكاح لان الصداق ليس بشرط فى النكاح ، وان سمع أحد الشاهدين الايجاب وسمع الآخر القبول لم يصح النكاح ، لأنهما شرط فى الايجاب والقبول

(فرع) وإذا تزوج المسلم كتابية فانه يتزوجها من وليها الكافر إذا كان عدلا في دينه ، ولا يصح إلا بحضرة شاهدين مسلمين عدلين . وقال أحمد : لا يصح أن يتزوجها الا من المسلم . وقال أبو حنيفة : يتزوجها من وليها الكافر ، ويصح أن يكون بشهادة كافرين .

دليلنا على أحمد قوله تعالى « والمؤمنون والمؤمنات بعضهم أولياء بعض » فدل ذلك على أنه لا ولاية لهم على الكافرين . وعلى أبي حنيفة لأنهما شاهدان لا يثبت بهما نكاح المسلمة ، فلم يثبت بهما نكاح الكافرة كالعبدين ، وكالفرق بين الولي والشاهدين لأن الولي اريد لدفع العار عن النسب ، والكافر كالمسلم في دفع العار والشاهدان يرادان لإثبات الفراش عند جحد أحـــد الزوجين ، وليس الكافر كالمسلم في إثبات الفراش ، لأنه لا يثبت بشهادته الفراش ، ولأن الولي يتعين في العقد فتأكد حاله لجاز أن يكون كافراً ، والشاهد لا يتعين فلم يجز أن يكون كافراً

قال المصنف رحمه الله :

(فصل) ولا يصح إلا على زوجين معينين لان المقصود بالنكاح أعيانهما فوجب تعيينهما : فإن كانت المنكوحة حاضرة فقال : زوجتك هذه صح . وإن قال : زوجتك هذه فاطمة واسمها عائشة صح ، لأن مع التعيين بالإشارة لا حكم للاسم ، فلم يؤثر الغلط فيـه ، وإن كانت المنكوحة غائبة فقال : زوجتك ابنتي وليس له غيرها صح ، وإن قال : زوجتك ابنتي فاطمة وهي عائشة صح ، لأنه لا حكم للاسم مع التعيين بالنسب ، فلم يؤثر الخطأ فيه ، وإن كان له ابنتان فقال : زوجتك ابنتي لم يصح حتى يعينها بالاسم أو بالصفة ، وإن قال : زوجتك عائشة وقبل الزوج ونويا ابنته ، أو قال زوجتك ابنتي وقبل الزوج ونويا الكبيرة صح لأنها تعينت بالنية . وان قال زوجتك ابنتي ونوى الكبيرة وقبل الزوج ونوى الصغيرة لم يصح ، لان الإيجاب في إمرأة والقبول في أخرى . وان قال زوجتك ابنتي عائشة ، ونوى الصغيرة وقبل الزوج ، ونوى الكبيرة ، صح النكاح في عائشة في الظاهر ، ولم يصح في الباطن ، لان الزوج قبل في غير ما أوجب الولي .

(فصـــل) ويستحب أن يخطب قبل العقد ، لما روى عن عبد الله قال : علمنا رسـول الله صلى الله عليه وسـلم خطبة الحاجة « الحمد لله نحمده ونستعينه ونعوذ بالله من شرور أنفسنا ومن سيئات أعمالنا ، من يهده الله فلا مضل له ومن يضلل فلا هادى له ، وأشهد أن لا اله الا الله وأن محمداً عبده ورسوله ، قال عبد الله ثم تصل خطبتك بثلاث آيات : اتقوا الله حق تقاته ولا تموتن الا وأنتم مسلمون ، اتقوا الله الذى تساءلون به والارحام ان الله كان عليكم رقيباً ، اتقوا الله وقولوا قولا سديداً » فإن عقد من غـير خطبة جاز لما روى سهل بن سعد الساعدى « أن النبي صلى الله عليه وسـلم قال للذى خطب الواهبة ، زوجتكها بما معك من القرآن » ولم يذكر الخطبة ، ويستحب أن يدعى لهما بعد العقد ، لما روى أبو هريرة رضى الله عنه « أن النبي صلى الله عليه وسـلم كان اذا رفأ الإنسان اذا تزوج قال : بارك الله لك ، وبارك عليك ، وجمع بينكما فى خير » .

(الشرح) حـديث عبد الله بن مسعود أخرجه الترمذى وحسنه وأبو داود والنسائى والحاكم والبيهقى من رواية أبى عبيدة بن عبد الله بن مسعود عن أبيه ولم يسمع منه ، وقد رواه الحاكم من طريق أخرى عن قتادة عن عبد ربه عن أبى عياض عن ابن مسعود وليس فيه الآيات ، ورواه أيضاً من طريق اسرائيل عن أبى اسحاق عن أبى الاحوص وأبى عبيدة أن عبد الله قال فذكر نحوه ، ورواه البيهقى من حديث واصل الاحدب عن شقيق عن ابن مسعود بتمامه ، وفى رواية للبيهقى « اذا أراد أحدكم أن يخطب لحاجة من النكاح أو غيره فليقل : الحمد لله نحمده ونستعينه الخ » .

ورواية الترمذى أردفها بعد التحسين بقوله . رواه الأعمش عن أبى اسحاق عن أبى الاحوص عن عبد الله عن النبي (ص) وكلا الحديثين صحيح لان اسرائيل جمعهما فقال . عن أبى اسحاق عن أبى الاحوص وأبى عبيدة عن عبد الله عن النبي صلى الله عليه وسلم .

وقال النووى فى كتاب الأذكار : يستحب أن يخطب بين يدى العقد خطبة

تشتمل على ما ذكرنا فى الباب الذى قبل هذا وتكون أطول من تلك ، وسواء خطب العاقد أو غيره ، وأفضلها ما روينا فى سنن أبى داود والترمذى والنسائى وابن ماجه وغيرها بالأسانيد الصحيحة عن عبد الله بن مسعود رضى الله عنه قال « علمنا رسول الله صلى الله عليه وسلم خطبة الحاجة الحمد لله نستعينه ونستغفره ونعوذ به من شرور أنفسنا من يهده الله فلا مضل له ، ومن يضلل فلا هادى له ، وأشهد أن لا إله إلا الله وأشهد أن محمداً عبده ورسوله ، يا أيها الناس اتقوا ربكم الذى خلقكم من نفس واحدة وخلق منها زوجها وبث منهما رجالا كثيراً ونساء ، واتقوا الله الذى تساءلون به والأرحام ، إن الله كان عليكم رقيباً يا أيها الذين آمنوا اتقوا الله حق تقاته ولا تموتن إلا وأنتم مسلمون ، يا أيها الذين آمنوا اتقوا الله وقولوا قولا سديداً يصلح لكم أعمالكم ويغفر لكم ذنوبكم ومن يطع الله ورسوله فقد فاز فوزاً عظيما »

ثم قال هـذا لفظ إحدى روايات أبى داود . وفى رواية له أخرى بعد قوله « ورسوله ، أرسله بالحق بشيرا ونذيرا بين يدى الساعة ، من يطع الله ورسوله فقد رشد ، ومن يعصهما فإنه لا يضر إلا نفسه ، ولا يضر الله شيئا» قال الترمذى حديث حسن . اه

أما حديث سهل بن سعد الساعدى فقد رواه أحمد والبخارى ومسلم ، ولفظه « أن النبى صلى الله عليه وسلم جاءته امرأة فقالت يا رسول الله إنى قد وهبت نفسى لك ، فقامت قياما طويلا ، فقام رجل فقال يارسول الله زوجنيها إن لم يكن لك بها حاجة ، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم هل عندك من شىء تصدقها إياه ؟ فقال ما عندى إلا إزارى هذا ، فقال النبى صلى الله عليه وسلم ان أعطيتها إزارك جلست لا إزار لك ، فالتمس شيئاً ، فقال ما أجد شيئا ، فقال التمس ولو خاتماً من حديد ، فالتمس فلم يجد شيئاً ، فقال له النبى صلى الله عليه وسلم هل معك من القرآن شىء ؟ قال نعم ، سورة كذا وسورة كذا لسور يسميها ، فقال له النبى صلى الله عليه وسلم قد زوجتكها بما معك من القرآن »

وقد روى سعيد بن منصور فى سننه عن أبى النعمان الازدى قال « زوج النبى صلى الله عليه وسلم امرأة على سورة من القرآن ثم قال لا يكون لأحد بعدك مهرا »

وهو مع إرساله فيه من لا يعرف . ومن ثم فلا يحتج به في تخصيص الحكم بهذه المرأة .

أما حديث أبي هريرة أخرجه أبو داود والترمذي وصححه وحسنه وابن ماجه وقال النووي في الأذكار « ويستحب أن يقال لكل واحد من الزوجين بارك الله لكل واحد منكما في صاحبه وجمع بينكما في خير » روينا في صحيحي البخاري ومسلم عن أنس رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال لعبد الرحمن بن عوف رضي الله عنه حين أخبره أنه تزوج « بارك الله لك » ورويناه في الصحيح أيضا أنه صلى الله عليه قال لجابر رضي الله عنه حين أخبره أنه تزوج « بارك الله عليك »

أما اللغات فقوله « رفئا » قال في الفتح بفتح الراء وتشديد الفاء مهموز ، معناه دعا له . وفي القاموس رفأه ترفئة وترفيأ ، قال له بالرفاء والبنين . أي بالالتئام وجمع الشمل اه . والترفئة في الأصل الالتئام . يقال رفأ الفتق لأم خرقه وضم بعضه إلى بعض ، وكانت ترفئة الجاهلية أن يقال « بالرفاء والبنين » ثم نهى النبي صلى الله عليه وسلم عنها وأرشد إلى ما في الأحاديث الواردة على ما سيأتي في الأحكام .

أما الأحكام فإنه اذا أراد عقد النكاح على امرأة فلا بد أن تتميز عن غيرها بالمشاهدة أو بالصفة أو بالتسمية ، فإذا كان له ابنة واحدة وهي حاضرة ، فإن قال زوجتك هذه صح ولم يحتج الى ذكر اسمها ولا الى صفتها وان قال زوجتك ابنتي وزوجتك هذه عائشة صح لأنها تميزت بالاشارة ، وكان ما زاد تأكيداً ، وان كان اسمها عائشة فقال زوجتك هذه فاطمة ؛ فقال البغداديون من أصحابنا يصح ، لأنه لا حكم لتغيير الاسم مع الاشارة وقال المسعودي هل يصح ؟ فيه وجهان بناء على الوجهين فيما لو قال بعتك هذا البغل وكان حماراً أو فرساً . وإن كان له ابنة واحدة اسمها عائشة وهي غائبة عنهما ، فان قال زوجتك ابنتي صح ؛ لأن قوله ابنتي صفة لازمة لها وليس له غيرها . وان قال زوجتك ابنتي عائشة صح ، لأن النكاح ينعقد بقوله ابنتي ، فاذا سماها باسمها كان تأكيداً ، وان قال زوجتك ابنتي فاطمة فغير اسمها ؛ فقال البغداديون من أصحابنا يصح ؛ لأن قوله ابنتي صفة لازمة لها لا تختلف ولا تتغير ، والاسم يتغير ويختلف ، فاعتبر حكم

الصفة اللازمة وألغى الاسم ، قال المسعودى لا يصح ، ولم يذكر له وجها . وان قال زوجتك عائشة وقصد ابنته فذكر الشيخ أبو إسحاق والطبرى فى العدة وحكاه ابن الصباغ عن الشيخ أبى حامد أنه يصح لأنها تتميز بالنية . وإن لم يقصد ابنته لم يصح ، قال ابن الصباغ : وهذا فيه نظر ، لأن هذا العقد تعتبر فيه الشهادة فلا بد أن يكون العقد مما يصح أداء الشهادة على وجه يثبت به العقد وهذا متعذر فى النية ولم أجد فيما قرأت من تعليق الشيخ أبى حامد وغيره أنه لا يصح من غير تفصيل لأن هذا الاسم يقع على ابنتيه وعلى من اسمها عائشة فلا تتميز بذلك عن غيرها ، فإن كانت له ابنتان كبيرة اسمها عائشة وصغيرة اسمها فاطمة ، فان قال زوجتك ابنتى أو إحدى ابنتى لم يصح لأن المزوجة غير متميزة . وإن قال زوجتك ابنتى عائشة أو ابنتى الكبيرة صح لأنه قد بينها بالصفة أو بالإسم

وإن قال زوجتك ابنتى الكبيرة فاطمة فغير اسمها صح النكاح على الصغيرة ولا يضر تغييره للإسم ، وعلى قول المسعودى فى التى قبلها لا يصح هاهنا . وإن قال زوجتك ابنتى عائشة وهو ينوى الصغيرة واسم الصغيرة فاطمة فقبل الزوج وهو ينوى الصغيرة ، قال الشيخ أبو حامد ينعقد النكاح على الصغيرة لاتفاق نيتهما ولا يضر تغيير الاسم .

وإن قال زوجتك ابنتى عائشة وهو ينوى الصغيرة وقبل الزوج وهو ينوى الكبيرة انعقد النكاح فى الظاهر على الكبيرة لأنه أوجب نكاحها له فقبلها فى الباطن ، وهو مفسوخ لأنه أوجب له النكاح فى الصغيرة فقبل فى الكبيرة : فان قال زوجتك ابنتى فقبل الزوج ونويا الكبيرة فقال الشيخ أبو إسحاق يصح لأنها تميزت بالنية . وقال ابن الصباغ لا يصح لأنه لا يمكن اذن الشهادة فى هذا .

(فرع) وان كان لرجل ابنتان فزوج رجل احداهما بعينها ثم مات الاب وادعت كل واحدة من الإبنتين على الزوج أنها هى التى زوجها أبوها منه ، فان أنكرهما حلف لكل واحدة يميناً ، وان أقر لإحداهما ثبتت زوجيتها . فان ادعت عليه الأخرى النكاح بعد ذلك قال ابن الحداد لم تسمع دعواها لأنه قد أقر بتحريمها على نفسه ، وان ادعت عليه نصف المهر فالقول قوله مع يمينه : فان حلف لها فلا كلام ، وان نكل حلفت ووجب المسمى لها الذى ادعت .

وإن لم يدعيا عليه ولكنه ادعى على إحداهما أنها زوجته فإن أقرت له ثبت النكاح بينهما ، وإن أنكرت حلفت له وسقطت دعواه قال ابن الحداد : ووجب عليه لها نصف مهرها .

قلت : وينبغى أنه لا يثبت لها ذلك إلا إذا ادعته . فأما إذا لم تدعيه لم يثبت لها . قال ابن الحداد : ويكون ذلك إبطالا لنكاح التى أقر بنكاحها أولا ، ويجب لها نصف مهرها إن لم يدخل بها ، وجميع مهرها ان دخل بها .

(فرع) إذا قال : زوجتك حمل هذه المرأة إن كان ابنة لم يصح النكاح لأنه قد يكون ريحاً أو حملا موهوما فلا يتحقق وجوده ، وقد يكون ذكراً ، وقد يكون ابنتين ، فلا يعلم أيتهما المعقود عليها وهذا غرر من غير حاجة ، فلا يصح كما إذا كتب رجل إلى الولى : زوجنى ابنتك فقرأه الولى أو غيره بحضرة شاهدين فقال الولى : زوجته لم ينعقد النكاح .

وحكى ابن الصباغ أن أبا حنيفة وأصحابه قالوا : يصح ، دليلنا أنه لم يوكل القارى فلم يصح كما لو استدعاه من غائب فبلغه فأوجب .

(مسألة) وإذا أراد العقد خطب الولى أو الزوج أو أجنبى من الحاضرين فيحمد الله تعالى ويصلى على رسوله صلى الله عليه وسلم و وصى بتقوى الله ويرغب فى النكاح لقوله صلى الله عليه وسلم « كل أمر ذى بال لا يبدأ فيه بحمد الله فهو ابتر » فالنكاح من الأمور التى لها بال ، والخطبة مستحبة غير واجبة ، وبه قال عامة أهل العلم الا داود فإنه قال : انها شرط فى النكاح .

دليلنا قوله صلى الله عليه وسلم « لا نكاح الا بولى مرشد وشاهدى عدل » ولم يشترط الخطبة ، ولأن النبى صلى الله عليه وسلم زوج الواهبة ولم يخطب ، وتزوج عائشة رضى الله عنها ولم يخطب .

قال الشيخ أبو حامد : وقد روى فى بعض الروايات أنه قال فى الثلاث الايات يا أيها الناس ، قال : وحكى عن بعض المتأخرين أنه كان يقول : المحمود الله ، والمصطفى رسول الله صلى الله عليه وسلم وخير ما عمل به كتاب الله قال : وزاد بعضهم فكان يقول : المحمود الله ذو الجلال والإكرام ، والمصطفى رسول الله

صلى الله عليه وسلم وخير ما عمل به كتاب الله المفرق بين الحلال والحرام ، ثم يقول والنكاح مما أمر الله به وندب اليه .

وأما الخطبة التى تخلل العقد بأن يقول الولى : بسم الله والحمد لله وصلى الله على رسول الله ، أوصيكم بتقوى الله ويقول كما روى عن عمر بن الخطاب رضى الله عنه ، أنكحتك على ما أمر الله به من امساك بمعروف أو تسريح باحسان ، ثم يقول الزوج ، بسم الله والحمد لله والصلاة والسلام على رسول الله أوصيكم بتقوى ، قبلت نكاحها . فاختلف أصحابنا فى صحة العقد مع ذلك ، فذكر الشيخ أبو حامد والمحاملى وابن الصباغ أن ذلك يصح ، لأن الخطبة متعلقة بالنكاح فلم يؤثر فصلها بين الإيجاب والقبول ، كالتيمم بين صلاتى الجمع .

وحكى الشيخ مصنف المهذب عن بعض أصحابنا ان الفصل بين الايجاب والقبول بالخطبة يبطل العقد كما لو فصل بينهما بغير الخطبة ، ويخالف التيمم ، فإنه مأمور به بين الصلاتين ، والخطبة مأ ور بها قبل العقد .

قال النووى فى الأذكار ، فلو قال ، الحمد لله والصلاة والسلام على رسول الله قبلت نكاحها صح ، ولم يضر هذا الكلام بين الايجاب والقبول لأنه فصل يسير له تعلق بالعقد ، ويكره أن يقال للزوج بعد العقد بالرفاء والبنين ، لما روى أحمد والنسائى وابن ماجه عن عقيل بن أبى طالب أنه تزوج امرأة من بنى جشم فقالوا بالرفاء والبنين ، فقال لا تقولوا هكذا ، ولكن قولوا كما قال رسول الله صلى الله عليه وسلم ، اللهم بارك لهم وبارك عليهم ، وفى رواية له ، لا تقولوا ذلك فإن النبى صلى الله عليه وسلم قد نهانا عن ذلك : قولوا بارك الله لها فيك وبارك لك فيها ، وأخرجه أيضاً أبو يعلى والطبرانى وهو من رواية الحسن عن عقيل . قال فى الفتح ورجاله ثقات الا أن الحسن لم يسمع من عقيل فيما يقال ، وقد اختلف فى علة النهى عن الرفئة التى كانت تفعلها الجاهلية فقيل لأنه لا حمد فيها ولا ثناء ولا ذكر لله ، وقيل لما فيه من الاشارة الى بغض البنات لتخصيص البنين بالذكر ؛ والا فهو دعاء للزوجين بالالتئام والائتلاف فلا كراهة فيه .

وقال ابن المنير : الذى يظهر أنه صلى الله عليه وسلم كره اللفظ لما فيه من

موافقة الجاهلية لأنهم كانوا يقولونه تفاؤلا لا دعاء فيظهر أنه لو قيل بصورة الدعاء لم يكره كان يقول : اللهم ألف بينهما وارزقهما بنين صالحين وقال العمراني من أصحابنا : ويكره أن يقال للزوج بعد العقد بالرفاء والبنين والمستحب أن يقول ما ورد فى حديث أبى هريرة وساقه ، والله تعالى أعلم .

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) ولا يصح العقد إلا بلفظ التزويج أو الإنكاح ، لأن ما سواهما من الألفاظ كالتمليك والهبة لا يأتى على معنى النكاح ، ولأن الشهادة شرط فى النكاح فاذا عقد بلفظ الهبه لم تقع الشهادة على النكاح ، واختلف أصحابنا فى نكاح النبى صلى الله عليه وسلم بلفظ الهبة ، فمنهم من قال : لا يصح لأن كل لفظ لا ينعقد به نكاح غيره لم ينعقد به نكاحه كلفظ الاحلال . ومنهم من قال : يصح لأنه لما خص بهبة البضع من غير بدل خص بلفظها ، وإن قال : زوجنى فقال : زوجتك صح ، لأن الذى خطب الواهبة من رسول الله صلى الله عليه وسلم قال زوجنيها ، فقال النبى صلى الله عليه وسلم « زوجتكها بما معك من القرآن » وإن قال زوجتك ، فقال قبلت ، ففيه قولان .

(أحدهما) يصح لأن القبول يرجع إلى ما أوجبه الولى كما يرجع فى البيع إلى ما أوجبه البائع .

(والثانى) لا يصح لأن قوله ، قبلت ليس بصريح فى النكاح فلم يصح به ، كما لو قال ، زوجتك فقال نعم . وان عقد بالعجمية ففيه ثلاثة أوجه (أحدها) لا يصح لقوله صلى الله عليه وسلم « استحللتم فروجهن بكلمة الله » وكلمة الله بالعربية فلا تقوم العجمية مقامها كالقرآن (والثانى) وهو قول أبى سعيد الاصطخرى أنه إن كان يحسن بالعربية لم يصح ، وإن لم يحسن صح ، لأن ما اختص بلفظ غير معجز جاز بالعجمية عند العجز عن العربية ، ولم يجز عند القدرة كتكبيرة الصلاة (والثالث) وهو الصحيح أنه يصح ، سواء أحسن بالعربية أو لم يحسن ، لأن لفظ النكاح بالعجمية يأتى على ما يأتى عليه لفظه بالعربية ، فقام مقامه ، ويخالف القرآن فان القصد منه النظم المعجز ، وذلك لا يوجد فى غيره ، والقصد بالتكبيرة

العبادة ففرق فيه بين العجز والقدرة كأفعال الصلاة ، والقصد بالنكاح تمليك ما يقصد بالنكاح ، والعجمية كالعربية فى ذلك . فإن فصل بين القبول والايجاب بخطبة بأن قال الولى ، زوجتك . وقال الزوج : بسم الله والحمد لله والصلاة على رسول الله قبلت نكاحها : ففيه وجهان .

(أحدهما) وهو قول الشيخ أبى حامد الاسفرابنى رحمه الله : إنه يصح لأن الخطبة مأمور بها للعقد فلم تمنع صحته كالتيمم بين صلاتى الجمع .

(والثانى) لا يصح ، لأنه فصل بين الايجاب والقبول فلم يصح كما لو فصل بينهما بغير الخطبة ، ويخالف التيمم فإنه مأمور به بين الصلاتين والخطبة مأمور بها قبل العقد .

﴿ فصل ﴾ وإذا انعقد العقد لزم ولم يثبت فيه خيار المجلس ولا خيار الشرط لأن العادة فى النكاح أنه يسئل عما يحتاج اليه قبل العقد فلا حاجة فيه إلى الخيار بعده ، والله تعالى أعلم .

(الشرح) الأحكام : لا ينعقد النكاح عندنا إلا بلفظ النكاح أو التزويج ، وهما اللفظان اللذان ورد بهما القرآن ، وهو قوله تعالى « ولا تنكحوا ما نكح آباؤكم من النساء » وقوله تعالى « فلما قضى زيد منها وطراً زوجناكها » فأما لفظ البيع والتمليك والهبة والاجارة وغيرها من الألفاظ فلا ينعقد به النكاح ، وبه قال عطاء وابن المسيب والزهرى وربيعة وأحمد بن حنبل .

وقال أبو حنيفة : ينعقد النكاح بكل لفظ يقتضى التمليك كالبيع والتمليك والهبة والصدقة ، وفى لفظ الاجارة عنه روايتان ، ولا ينعقد بالاباحة والتحليل وقال مالك إن ذكر المهر مع الألفاظ التى تقتضى التمليك انعقد بها النكاح ، وإن لم يذكر المهر لم ينعقد بها النكاح .

دليلنا قوله تعالى « وامرأة مؤمنة إن وهبت نفسها للنبى إن أراد النبى أن يستنكحها خالصة لك من دون المؤمنين » فذكر أن النبى صلى الله عليه وسلم مخصوص بالنكاح بلفظ الهبة ، وأن غيره لا يساويه ، ولأنه لفظ ينعقد به غير النكاح فلم ينعقد به النكاح كالاجارة والاباحة

(فرع) قال الشافعي رضى الله عنه : والفرج محرم قبل العقد فلا يحل أبداً إلا بأن يقول الولى : قد زوجتكها أو أنكحتكها ، ويقول الزوج : قد قبلت التزويج أو النكاح . أو قال أنكحتك ابنتى ، فقال الزوج : قبلت النكاح والتزويج صح ذلك ، لأنه قد وجد الإيجاب والقبول فى النكاح والتزويج ، فإن قال الولى زوجتك ابنتى أو أنكحتك ، فقال الزوج : قبلت ، ولم يقل النكاح ولا التزويج فقد قال الشافعى رضى الله عنه فى موضع : يصح . وقال فى موضع لا يصح ، واختلف أصحابنا فيها على ثلاث طرق ، فمنهم من قال . لا يصح قولا واحداً . وحيث قال يصح أراد إذا قبل الزوج قبولا تاما .

ومنهم من قال يصح قولا واحداً ، وحيث شرط الشافعى رضى الله عنه لفظ النكاح أو التزويج فى القبول فأراد على سبيل التأكيد ، وهذا لا يصح لأنه قال لا ينعقد النكاح ، فقال أكثر أصحابنا : هى على قولين ، وهذا اختيار الشيخ أبى إسحاق وابن الصباغ .

(أحدهما) يصح ، وهو قول أبى حنيفة وأحمد لأن قوله قبلت إذا ورد على وجه الجواب عن إيجاب متقدم كان المراد به قبول ما تقدم ، فصح كما لو قال بعتك دارى أو وهبتكها ، فقال قبلت ، فإنه يصح .

(والثانى) لا يصح ، قال الشيخ أبو حامد وهو الصحيح ، لأن الاعتبار فى النكاح أن يحصل الايجاب والقبول فيه بلفظ النكاح أو التزويج ، فإذا عرى القبول منه لم يصح كما لو قال رجل لآخر زوجت ابنتك من فلان ؟ فقال الولى نعم ، وقال الزوج . قبلت النكاح ، فإن هذا لا يصح بلا خلاف . وان قال الولى زوجتك ابنتى ، فقال الزوج نعم . قال الصيمرى . هو كما لو قال الزوج . قبلت على الطرق الثلاث .

وقال الشيخ أبو حامد وأكثر أصحابنا لا يصح قولا واحداً . وإن قال الزوج زوجنى ابنتك . فقال الولى . زوجتك صح ذلك ، ولا يفتقر الزوج إلى أن يقول قبلت نكاحها ، وقد وافقنا أبو حنيفة ههنا وخالفنا فى البيع ، لما روى أن الذى تزوج الواهبة قال للنبي (ص) زوجنيها يارسول الله فقال النبي صلى الله عليه وسلم

زوجتكها ولم يأمره بالقبول بعد هذا . وإن قال الزوج أتزوجنى ابنتك ، فقال الولى زوجتك لم يصح حتى يقول الزوج قبلت التزويج أو النكاح ، لأن قوله : أتزوجنى استفهام ليس باستدعاء ؛ ولو قال الولى أتستنكحها ؟ فقال الزوج قد استنكحت أو قد تزوجت لم يكن بد من قول الولى بعد هذا زوجتك أو أنكحتك لأن ما تقدم إنما كان استفهاما ولم يكن تقريراً

(فرع) وإن عقد النكاح بالعجمية فاختلف أصحابنا فيه ، فقال الشيخ أبو حامد : إن كانا يحسنان العربية لم يصح العقد بالعجمية وجهاً واحداً . وإن كانا لا يحسنان العربية فهل يصح العقد بالعجمية ؟ فيه وجهان ، المذهب أنه يصح . وقال القاضى أبو الطيب : إن كانا لا يحسنان العربية صح العقد بالعجمية وجها واحداً ، وان كانا يحسنان بالعربية فهل يصح العقد بالعجمية ؟ فيه وجهان وقال المصنف فيه ثلاثة أوجه

(أحدها) لا يصح العقد بالعجمية لقوله صلى الله عليه وسلم : استحللتم فروجهن بكلمة الله ، وكلمة الله انما هى بالعربية (والثانى) ان كانا يحسنان العربية لم يصح العقد بالعجمية . وان كانا لا يحسنان العربية صح بالعجميه كما قلنا فى تكبيرة الإحرام (والثالث) يصح العقد بالعجميه بكل حال . لأن لفظ العجمية يأتى على ما يأتى عليه العربيه فى ذلك .

وان كان أحدهما يحسن العربية ولا يحسن العجميه ، والآخر يحسن العجميه ولا يحسن العربيه ، وقلنا يصح العقد بالعجميه صح العقد بينهما بشرط أن يفهم القائل أن الولى أوجب له النكاح ، لأنه اذا لم يفهم لا يصح أن يقبل ، وهكذا اذا حضر شاهدان أعجميان وعقد بالعربيه ، أو عربيان وعقد بالعجمية فلا يصح الا اذا فهما أن العاقدين عقدا النكاح ، لأن الغرض بالشاهدين معرفتهما بالعقد وتحملها الشهادة .

(فرع) واذا وكل الزوج من يقبل له النكاح ، أو قبل الاب لابنه الصغير ، فإن النكاح لا يصح حتى يسمى الزوج فى الايجاب والقبول ، فيقول الولى زوجت فلانة فلاناً ويسمى الزوج ، ويقول القائل من قبل الزوج قبلت النكاح لفلان ويسمى الزوج بخلاف الوكيل فى الشراء فانه لا يجب ذكر الموكل ، لأن النكاح

لا يقبل نقل الملك فيه . أى أن الرجل لا يجوز أن يتزوج امرأة ثم ينتقل نكاحها منه الى غيره . والملك فى المال من قبل النقل . أى أنه يجوز أن يتملك الرجل عينا ثم ينتقل ملكها منه الى غيره قال الطبرى : ولهذا قال أصحابنا : لو قال رجل لآخر وكلتك أن تزوج ابنتى من زيد فزوجها من وكيل زيد صح لأنه فى الحقيقه زوجها من زيد . ولو قال وكلتك أن تبيع سيارتى هذه من زيد فباعها من وكيل زيد لم يصح لهذا المعنى .

فإذا انعقد النكاح لزم ولم يثبت فيه خيار المجلس ولا خيار الثلاث . وقد مضى تفصيل ذلك فى البيع والله تعالى أعلم .

قال المصنف رحمه الله تعالى :

باب ما يحرم من النكاح وما لا يحرم

من ارتد عن الدين لم يصح نكاحه . لأن النكاح يراد للاستمتاع ولا يوجد ذلك فى نكاح المرتد . ولا يصح نكاح الخنثى المشكل لأنه ان تزوج امرأة لم يؤمن أن يكون امرأة . وان تزوج رجلا لم يؤمن أن يكون رجلا ولا يصح نكاح المحرم لما بيناه فى الحج

(فصل) ويحرم على الرجل من جهة النسب الام والبنت والاخت والعمة والخالة وبنت الاخ وبنت الاخت لقوله « حرمت عليكم أمهاتكم وبناتكم وأخواتكم وعماتكم وخالاتكم وبنات الاخ وبنات الاخت » ومن حرم عليه مما ذكرناه بنسب حرم عليه بذلك النسب كل من يدلى به . وان بعد فتحرم عليه الام وكل من يدلى بالامومة من الجدات من الاب والام وان علون . وتحرم عليه البنت وكل من ينتسب اليه بالبنوة من بنات الاولاد وأولاد الاولاد وان سفلن وتحرم عليه الاخت من الاب والاخت من الام والاخت من الاب والام . وتحرم عليه العمه وكل من يدلى اليه بالعمومه من أخوات الآباء والاجداد من الاب والام أو من الاب أو من الام وان علون . وتحرم عليه الخالة وكل من يدلى اليه بالخئولة من أخوات الجدات من الاب والام أو من الاب أو من الام وان علون

ويحرم عليه بنت الاخ وكل من ينتسب اليه ببنوة الاخ من بنات أولاده وأولاد أولاده وإن سفلن ، وتحرم عليه بنت الاخت وكل من ينتسب اليه ببنوة الاخت من أولادها وأولاد أولادها وان سفلن ، لأن الاسم يطلق على ما قرب وبعد ، والدليل عليه قوله سبحانه وتعالى « يا بنى آدم » وقوله تعالى « ملة أبيكم ابراهيم » وقوله سبحانه وتعالى « ملة آبائى إبراهيم وإسحاق ويعقوب » فأطلق عليهم اسم الاباء مع البعد ، وقال صلى الله عليه وسلم لقوم من أصحابه يرمون « ارموا فإن أباكم اسماعيل عليه السلام كان راميا » فسمى اسماعيل أباهم مع البعد ، ولأن من بعد منهم كمن قرب فى الحكم . والدليل عليه أن ابن الابن كالابن ، والجد كالاب فى الميراث والولاية والعتق بالملك ورد الشهادة ، فلأن يكون كالابن والاب فى التحريم ومبناه على التغليب أولى

(الشرح) لا يصح نكاح المرتد والمرتدة لأن القصد بالنكاح الاستمتاع ولما كان دمها مهدراً ووجب قتلها فلا يتحقق الاستمتاع ، ولأن الردة تقتضى إبطال النكاح قبل الدخول فلا ينعقد النكاح معها كالرضاع ، ولا يصح نكاح الخنثى المشكل لأنه لا يدرى هل هو رجل أم امرأة ، فان حمل هذا الخنثى تبينا أنه امرأة ، وأن نكاحه كان باطلا لأن الحمل دليل على الانوثة من طريق القطع

(مسألة) النساء اللاتى نص القرآن على تحريمهن أربع عشرة امرأة ، ثلاث عشرة بقوله تعالى « حرمت عليكم أمهاتكم وبناتكم » الايه ، وواحدة فى قوله تعالى « ولا تنكحوا ما نكح آباؤكم من النساء » فسبع منهن حرمت بالنسب وثنتان بالرضاع وأربع بالمصاهرة وواحدة بالجمع ، فالسبع المحرمات بالنسب : الام والبنت والاخت والعمة والخالة وبنت الاخ وبنت الاخت لآية : حرمت عليكم أمهاتكم الخ فأما الام فيحرم عقد النكاح عليها ووطئها

قال الصيمرى : ومن أصحابنا من قال تحريم وطئها علم بالعقل ، وليس بشىء وسواء فى التحريم الام حقيقة وهى التى ولدته ، والام مجازا وهى جدته أم أمه وأم أبيه . وكذلك كل جد من قبل أبيه أو أمه وان علت ، وأما البنت فتحرم عليه التى يقع عليها اسم البنت حقيقة وهى بنته لصلبه ، والبنت التى يقع عليها اسم

البنت مجازاً وهى بنت بنته وبنت ابنه وإن سفلت . وأما الاخت فتحرم عليه سواء أكانت لأب وأم أو لأب أو لأم لعموم قوله تعالى « وأخواتكم » وأما العمة فيحرم عليه من يقع عليه اسم العمة حقيقة وهى أخت أبيه ، سواء كانت أخته لأبيه وأمه أو لأبيه أو لأمه ؛ ويحرم عليه من يقع عليها اسم العمة مجازاً وهى أخت الجد من أجداده من قبل أبيه أو من قبل أمه

وأما الخالة فيحرم عليه نكاح من يقع عليه اسم الخالة حقيقة . وهى أخت أمه لأبيها وأمها أو لأبيها أو لأمها ؛ ويحرم عليه من يقع عليها اسم الخالة مجازا وهى أخت كل جدة له من قبل أمه وأبيه .

وأما بنت الاخ فتحرم عليه نكاح بنت أخيه حقيقة وهى بنت أخيه لصلبه ويحرم عليه بنت أخيه مجازاً وهى كل من تنسب الى أخيه بالبنوة من قبل أبنائه وبناته وإن سفلت . وأما بنت الاخت فتحرم عليه بنت أخته حقيقة ، وهى بنت أخته لصلبها ، ويحرم عليه بنت أخته مجازاً ، وهى كل من ينسب الى أخته بالبنوة من بنات أبنائها وبناتها وإن سفلن

وهل يحرم عليه كل من وقع عليها الاسم مجازاً بالاسم أو بالقياس على من وقع عليها الاسم حقيقة ؟ فيه وجهان . الصحيح أنه يحرم بوقوع الاسم عليها لقوله تعالى « يا بنى آدم » وقوله تعالى « ملة أبيكم ابراهيم » وقوله « ملة آبائى ابراهيم وإسحاق ويعقوب » فأطلق عليهم اسم البنوة والابوة مع البعد

* * *

إذا ثبت هذا فقد عبر بعض أصحابنا عن المحرمات بالنسب فقال « يحرم على الرجل أصوله وفصوله ، وفصول أول أصوله وأول فصل من كل أصل بعده وهى عبارة عن حسبه ، لأن أصوله من ينسب الرجل اليه بالبنوة ، ومن الامهات وفصوله من ينسب الى الرجل بالبنوة ، وفصول أول أصوله الاخوات وأولادهم وبنات الاخوة ، وأول فصل من كل أصل بعده العمات والخالات فاحترز عن بنات العمات وبنات الخالات وأول فصل من كل أصل بعده .

(مسألة) وأما الاثنتان المنصوص على تحريمهما بالرضاع فالأم والأخت لقوله تعالى «وأمهاتكم اللاتى أرضعنكم وأخواتكم من الرضاعة» فمتى كان للرجل زوجة وانبثق منها لبن من وطئه فأرضعت به طفلا، له دون الحولين خمس رضعات متفرقات صار كالولد لهما من النسب، وصارا كالوالدين له من النسب فى تحريم النكاح وجواز الخلوة، ويحرم عليها نكاحه ونكاح أولاده وأولاد أولاده وإن سفلوا لأنه ولدهما، ويحرم على الرضيع نكاح الأم من الرضاع الحقيقة والمجاز والأخت من الرضاع والعمة من الرضاع الحقيقة والمجاز، وبنت الأخت من الرضاع الحقيقة والمجاز على ما ذكرناه فى المحرمات من النسب، لأن الله تعالى نص على السبع المحرمات بالنسب، ونص على الأم والأخت من الرضاع لينبه بهما على من تقدم ذكرهن من المحرمات والنسب. وروت عائشة أن النبى صلى الله عليه وسلم قال: يحرم من الرضاع مايحرم من النسب. وفى رواية مايحرم من الولادة، ويقال: الرضاع بكسر الراء وفتحها، فأما الرضاعة بالهاء فبفتح الراء لا غير. والله تعالى أعلم

قال المصنف رحمه الله تعالى:

(فصل) وتحرم عليه من جهة المصاهرة أم المرأة دخل بها أو لم يدخل، لقوله تعالى «وأمهات نسائكم» ويحرم عليه كل من يدلى إلى امرأته بالأمومة من الجدات من الأب والأم لما بيناه فى الفصل قبله، ويحرم عليه ابنة المرأة بنفس العقد تحريم جمع، لأنه إذا حرم عليه الجمع بين المرأة وأختها، فلأن يحرم الجمع بين المرأة وابنتها أولى. فإن بانت الأم قبل الدخول حلت له البنت، وإن دخل بالام حرمت عليه البنت على التأبيد، لقوله تعالى «وربائبكم اللاتى فى حجوركم من نسائكم اللاتى دخلتم بهن، فإن لم تكونوا دخلتم بهن فلا جناح عليكم» وتحرم عليه كل من ينتسب إلى امرأته بالبنوة من بنات أولادها وأولاد أولادها وإن سفلن من وجد منهن ومن لم يوجد، كما تحرم البنت وتحرم عليه حليلة الابن لقوله تعالى «وحلائل أبنائكم» وتحرم عليه حليلة كل من ينتسب اليه بالبنوة من

بنى الأولاد وأولاد الاولاد لما بيناه : وتحرم عليه حليلة الاب لقوله تعالى « ولا تنكحوا ما نكح آباؤكم من النساء » وتحرم عليه حليلة كل من يدلى اليه بالأبوة من الاجداد لما ذكرناه .

ومن حرم عليه بنكاحه أو بنكاح أبيه أو ابنه حرم عليه بوطئه أو وطء أبيه أو ابنه فى ملك أو شبهة لان الوطء معنى تصير به المرأة فراشاً فتعلق به تحريم المصاهرة كالنكاح ولان الوطء فى إيجاب التحريم آكد من العقد ، بدليل أن الربيبة تحرم بالعقد تحريم جمع وتحرم بالوطء على التأبيد ، فإذا ثبت تحريم المصاهرة بالعقد فلأن يثبت بالوطء أولى ، واختلف قوله فى المباشرة فيما دون الفرج بشهوة فى ملك أو شبهة فقال فى أحد القولين هو كالوطء فى التحريم لأنها مباشرة لا تستباح إلا بملك فتعلق بها تحريم المصاهرة كالوطء ، والثانى لا يحرم بها ما يحرم بالوطء ، لقوله تعالى « فان لم تكونوا دخلتم بهن فلا جناح عليكم » ولانها مباشرة لا توجب العدة فلا يتعلق بها التحريم كالمباشرة بغير شهوة ، وإن تزوج إمرأة ثم وطىء أمها أو بنتها أو وطئها أبوه أو ابنه بشبهة انفسخ النكاح لأنه معنى يوجب تحريما مؤبداً فاذا طرأ على النكاح أبطله كالرضاع .

(الشرح) الاربع المنصوص على تحريمهن بالمصاهرة ، فأما الزوجة والربيبة وحليلة الابن وحليلة الاب لقوله تعالى « ولا تنكحوا ما نكح آباؤكم من النساء » وقوله تعالى « وأمهات نسائكم وربائبكم اللاتى فى حجوركم من نسائكم اللاتى دخلتم بهن » فأما أم الزوجة فإن الرجل اذا عقد النكاح على إمرأة حرمت عليه كل أم لها حقيقة أو مجازاً من جهة النسب أو من جهة الرضاع سواء دخل بها أو لم يدخل وبه قال العلماء كافه الا ما روى عن على رضى الله عنه وأرضاه أنه قال : لا تحرم عليه الا بالدخول بالبنت كالربيبه ، وبه قال مجاهد .

وقال زيد : الموت يقوم مقام الدخول . دليلنا قوله تعالى « وأمهات نسائكم » وبالعقد عليها تدخل فى اسم نساء العاقد عليها وروى عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن النبى قال صلى الله عليه وسلم من نكح امرأة ثم طلقها قبل الدخول بها حرمت عليه أمها ولم تحرم عليه بنتها .

وأما الربيبة فهي بنت زوجته فإذا عقد النكاح على إمرأة حرمت عليه ابنتها حقيقة ومجازاً من النسب والرضاع ثم الجمع . فإن دخل بالأم حرمت عليه ابنتها على التأبيد ، وإن ماتت الزوجة أو طلقها قبل الدخول بها جاز له أن يتزوج بابنتها ، وسواء كانت الربيبة فى حجره وكفالته أو لم تكن ، وبه قال عامه أهل العلم وقال داود : إنما تحرم عليه الربيبة إذا كانت فى حجره وكفالته ، فإن لم تكن فى حجره وكفالته لم تحرم عليه ، وإن دخل بأمها . وروى ذلك عن علي بن أبي طالب وقال زيد بن ثابت : تحرم عليه إذا دخل بأمها أو ماتت .

دليلنا ما روى عبد الله بن عمرو بن العاص رضى الله عنه أن النبى صلى الله عليه وسلم قال « من نكح إمرأة ثم طلقها قبل الدخول بها حرمت عليه أمها ولم تحرم عليه ابنتها » .

فأما التربية فلا تأثير لها فى التحريم كتربية الأجنبية ؛ وأما الآية فلم يخرج ذلك مخرج الشرط ، وإنما وصفها بذلك تعريفاً لها ، كأن العادة أن الربيبة تكون فى حجره ، وأما حليلة الإبن ، فإن الرجل إذا عقد النكاح على إمرأة حرمت على أب الزوج سواء دخل بها الزوج أو لم يدخل بها لقوله تعالى « وحلائل ابنائكم الذين من أصلابكم » وبالعقد عليها يقع عليها اسم الحليلة ، وسواء كان ابنه حقيقة أو مجازاً ، وسواء كان ابنه من الرضاع حقيقة أو مجازا لما ذكرناه فى المحرمات من النسب .

فإن قيل : فقد قال الله تعالى « وحلائل ابنائكم الآية » فدليل خطابه يدل على أنه لا تحرم حلائل الابناء من الرضاع . فالجواب ان دليل الخطاب إنما يكون حجة إذا لم يعارضه نص وههنا نص أقوى منه فقدم عليه ، وهو قوله صلى الله عليه وسلم « يحرم من الرضاع ما يحرم من الولادة » رواه أبو داود وغيره من حديث عائشة رضى الله عنها .

وأما حليلة الأب فإن الرجل إذا تزوج إمرأة حرمت على ابن الزوج سواء دخل بها أو لم يدخل بها لقوله تعالى « ولا تنكحوا ما نكح آباؤكم من النساء الا ما قد سلف » ولا فرق بين الأب حقيقة أو مجازا ، وسواء كان الأب من الرضاع حقيقة أو مجازا لما ذكرناه فى المحرمات من النسب والله أعلم .

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصـل) وإن زنى بامرأة لم يحرم عليه نكاحها لقوله تعالى « وأحل لكم ماوراء ذلكم » وروت عائشة رضى الله عنها أن النبي صلى الله عليه وسلم سئل عن رجل زنى بامرأة فأراد أن يتزوجها أو ابنتها ، فقال لا يحرم الحرام الحلال إنما يحرم ما كان بنكاح ولا تحرم بالزنا أمها ولا ابنتها ولا تحرم هى على ابنه ولا على أبيه للآية والخبر ، ولأنه معنى لا تصير به المرأة فراشاً فلم يتعلق به تحريم المصاهرة كالمباشرة بغير شهوة ، وإن لاط بغلام لم تحرم عليه أمه وابنته للآية والخبر ، وإن زنى بامرأة فأتت منه بابنة فقد قال الشافعى رحمه الله أكره أن يتزوجها ؛ فان تزوجها لم أفسخ ، فمن أصحابنا من قال : إنما كره خوفاً من أن تكون منه ، فعلى هذا إن علم قطعاً أنها منه بأن أخبره النبي صلى الله عليه وسلم فى زمانه لم تحل له .

ومنهم من قال : إنما كره ليخرج من الخلاف ، لأن أبا حنيفه يحرمها ، فعلى هذا لو تحقق أنها منه لم تحرم ، وهو الصحيح ، لأنها ولادة لا يتعلق بها ثبوت النسب فلم يتعلق بها التحريم ، كالولادة لما دون ستة أشهر من وقت الزنا ، واختلف أصحابنا فى المنفيه بالله ان ، فمنهم من قال : يجوز للملاعن نكاحها لأنها منفيه عنه فهى كالبنت من الزنا . ومنهم من قال : لا يجوز للملاعن نكاحها لأنها غير منفيه عنه قطعا ، ولهذا لو أقر بها ثبت النسب .

(الشرح) حديث عائشه أخرجه البيهقى فى السنن وضعفه وأخرجه ابن ماجه عن ابن عمر ، قال العلقمى : قال الدميرى : هذا يدل لمذهب الشافعى أن الزنا لا يثبت حرمه المصاهرة حتى يجوز للزانى أن ينكح أم المزنى بها ، وقد ورد فى هذا المعنى أحاديث لكل واحد منها مدلول له عند المخالفين فمن أبى هريرة قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « الزانى المجلود لا ينكح إلا مثله » رواه أحمد وأبو داود ، وقال فى الفتح رجاله ثقات .

وعن عبد الله بن عمرو « أن رجلا من المسلمين استأذن رسول الله (ص) فى امرأة يقال لها : أم مهزول كانت تسافح وتشترط له أن تنفق عليه فاستأذن

رسول الله صلى الله عليه وسلم أو ذكر له أمرها فقرأ عليه نبي الله صلى الله عليه وسلم « والزانية لا ينكحها إلا زان أو مشرك » رواه أحمد والطبراني في الكبير والأوسط ، قال الهيثمي في مجمع الزوائد : ورجال أحمد ثقات .

وعن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده « أن مرثد بن أبي مرثد الغنوي كان يحمل الأسارى بمكة ، وكان بمكة بغي يقال لها عناق وكانت صديقته قال : فجئت النبي صلى الله عليه وسلم فقلت : يا رسول الله أنكح عناقا ؟ قال : فسكت عني فنزلت « والزانية لا ينكحها إلا زان أو مشرك » فدعاني فقرأها علي وقال : لا تنكحها » رواه أبو داود والنسائي والترمذي وحسنه . ويمكن الجمع بين الأحاديث بأن المنع لمن كانت مستمرة في مزاولة البغاء يدل على هذا ما روى عن ابن عباس عند أبي داود والنسائي قال : جاء رجل إلى النبي صلى الله عليه وسلم فقال « إن امرأتي لا تمنع يد لامس قال : غربها ، قال : أخاف أن تتبعها نفسي قال فاستمتع بها » قال المنذري : ورجال إسناده يحتج بهم في الصحيحين .

وذكر الدارقطني أن الحسن بن واقد تفرد به عن عمارة بن أبي حفصة وأن الفضل بن موسى السيناني تفرد به عن الحسن بن واقد ، وأخرجه النسائي من حديث عبد الله بن عبيد الله بن عمير عن ابن عباس وبوب عليه في سننه تزويج الزانية وقال : هذا الحديث ليس بثابت ، وذكر أن المرسل فيه أولى بالصواب .

وقال الإمام أحمد : لا تمنع يد لامس تعطى من ماله . قلت : فإن أبا عبيدة يقول : من الفجور ، قال ليس عندنا إلا أنها تعطى من ماله ، ولم يكن النبي صلى الله عليه وسلم ليأمره بإمساكها وهي تفجر ، وسئل عنه ابن الاعرابي فقال : من الفجور . وقال الخطابي معناه الزانية وأنها مطاوعه لمن أرادها لا ترد يده . وعن جابر عند البيهقي بنحو حديث ابن عباس هذا ، وفي الأدلة التي ساقوها ما يمنع أن تتزوج المرأة من ظهر منه الزنا ، والرجل أن يتزوج من ظهر منها الزنا ويدل على ذلك قوله تعالى « وحرم ذلك على المؤمنين » فإنه صريح في التحريم . قال ابن رشد : اختلفوا في قوله تعالى « وحرم ذلك على المؤمنين » هل خرج مخرج الذم

أو مخرج التحريم ، وهل الاشارة فى قوله ذلك إلى الزنا أو الى النكاح ، قال وانما صار الجمهور إلى حمل الآية على الذم لا على التحريم لحديث ابن عباس الذى سقناه . وقد حكى الرويانى عن على وابن عبـــاس وابن عمر وجابر وسعيد بن المسيب وعروة والزهرى والعترة ومالك والشافعى وربيعة وأبى ثور أنها لا تحرم على من زنى بها لقوله تعالى « وأحل لكم ما وراء ذلكم » وقوله صلى الله عليه وسلم « لا يحرم الحلال الحرام » أخرجه ابن ماجه من حديث ابن عمر

وحكى عن الحسن البصرى انه يحرم على الرجل نكاح من زنى بها على التأبيد واستدل بالآية .

وحكى أيضاً عن قتادة وأحمد إلا إذا تابا لارتفاع سبب التحريم ، وأجاب عنه فى البحر بأنه أراد بالآية الزانى المشرك ، واستدل بقوله تعالى « أو مشركة » قال وهى تحرم على الفاسق المسلم بالاجماع ، ولا يخفى ما فى هذا من تأويل بعطل فائدة الآية إذ منع النكاح مع الشرك والزنا حاصل بغير الاية ، ويستلزم أيضاً امتناع عطف المشرك والمشركة على الزانى والزانية

وقال فى البيان : إذا زنى بامرأة لم ينتشىء بهـذا الزنا تحريم المصاهرة . فلا يحرم على الزانى نكاح المرأة التى زنى بها ولا أمها ولا ابنتها ولا تحرم الزانية على أبى الزانى ولا على أبنائه ، وكذلك إذا قبلها بشهوة حراماً ، أو لمسها أو نظر الى فرجها بشهوة حراماً .

ثم قال وانفرد الأوزاعى وأحمد رحمة الله عليهما انه اذا لاط بغلام حرم عليه بنته وأمه . وقال أبو حنيفة : إذا قبل امرأة بشهوة حراماً أو لمسها بشهوة حراماً أو كشف عن فرجها ونظر اليه تعلق به تحريم المصـاهرة . وان قبل أم امرأته انفسخ به نكاح امرأته . وإن قبل رجل امرأة ابنه انفسـخ نكاح الأب . دليلنا قوله تعـالى « وأحل لكم ما وراء ذلكم » وقوله تعالى « وهو الذى خلق من الماء بشراً فجعله نسباً وصهراً » فأثبت تعالى الصهر فى الموضع الذى أثبت فيه النسب . فلما لم يثبت بالزنا النسب فلم يثبت به الصهر ولحديث عائشة وابن عمر مرفوعا عند البيهقى وابن ماجه « لا يحرم الحرام الحلال » والعقد قبل الزنا حلال . وروى أن عمر رضى الله عنـه جلد رجلا وامرأة وحرص أن يجمع بينهما فى النكاح .

وسئل ابن عباس رضى الله عنه عن رجل زنى بامرأة وأراد ان يتزوجها فقال يجوز ، أرأيت لو سرق رجل من كرم رجل ثم ابتاعه أكان يجوز ؟

(فرع) فإن زنى بامرأة فأتته بإبنة يمكن ان تكون منه بأن تأتى بها لستة أشهر من وقت الزنا فلا خلاف بين أهل العلم انه لا يثبت نسبها من الزانى ولا يتوارثان ، وأما نكاحه لها فقد قال الشافعى رضى الله عنه أكره له ان يتزوجها فإن تزوجها لم أفسخ .

واختلف اصحابنا فى العلة التى لأجلها كره للزانى ان يتزوج بها ، فمنهم من قال انما كره ذلك ليخرج من الخلاف ، فإن من الناس من قال لا يجوز له نكاحها فعلى هذا لو تحقق انها من مائه بأن اخبره النبى صلى الله عليه وسلم فى زمانه انها من مائه لم يحرم عليه نكاحها ، لأن علة الكراهة حصول الاختلاف لاغير . ومنهم من قال إنما كره له ذلك بإمكان ان يكون من مائه لأنه لم يتحقق ذلك ، فلو تحقق انها من مائه بأن اخبره النبى صلى الله عليه وسلم فى زمانه انها من مائه لم يجز له تزويجها ، هذا مذهبنا وبه قال مالك

وقال ابو حنيفة واحمد لا يجوز له تزويجها ، واختلف اصحاب ابى حنيفة فى علة تحريمها ، فقال المتقدمون من اصحابه إنما حرم نكاحها لكونها ابنة من زنى بها لا انها ابنته من الزنا ، وانما الزنا عنده ثبت به تحريم المصاهرة على ما مضى . فعلى هذا لا تحرم على آبائه ولا ابنائه

وقال المتأخرون من اصحابه انما حرم نكاحها لكونها مخلوقة من مائه ، فعلى هذا تحرم على آبائه وابنائه ، وهذا اصح عندهم ، دليلنا انها منفية عنه قطعاً بدليل انه لا يثبت بينهما التوارث ولا حكم فى احكام الولادة ، فلم يحرم عليه نكاحها كالاجنبية وان أكره رجل امرأة على الزنا فأتت منه بإبنة فحكمه حكم ما لو طاوعته على الزنا لأنه زنا فى حقه

(فرع) وان اتت امرأة بإبنة فنفاها باللعان — فان كان قد دخل بالزوجة لم يجز له التزوج بإبنتها لأنها بنت امرأة دخل بها ، وان لم يدخل بالام فهل يجوز له نكاح الابنة ؟ فيه وجهان (احدهما) يجوز له تزويجها لأنها منفية عنه فهى كالإبنة من الزنا .

(والثانى) لا يجوز له تزويجها لأنها غير منفية عنه قطعاً ، بدليل أنه لو أقر بها لحقته نسبتها ، والإبنة من الزنا لو عاد الزانى فأقر بنسبها لم يلحقه نسبها

(فرع) وإن زنى رجل بزوجة رجل لم ينفسخ نكاحها ، وبه قال عامة العلماء . وقال على بن أبى طالب : ينفسخ نكاحها وبه قال الحسن البصرى . دليلنا حديث ابن عباس فى الرجل الذى قال للنبى صلى الله عليه وسلم : إن امرأتى لا ترد يد لامس ، وقد مضى تخريجه فى أول الفصل ، فكنى الرجل عن الزنا بقوله « لا ترد يد لامس » ولم يحكم النبى (ص) بانفساخ نكاحها

(فرع) ولو قال رجل : أنا أحيط علما أن لى فى هذه البلدة امرأة يحرم علىّ نكاحها بنسب أو رضاع أو صهر ولا أعلم عينها ، جاز له أن يتزوج من تلك البلدة لأن فى المنع من ذلك مشقة ، كما لو كان فى يد رجل صيد فانفلت واختلط بصيد ناحية ولم يتميز ، فإنه لا يحرم على الناس أن يصطادوا من تلك الناحية . وان اختلطت هذه المرأة بعدد محصور من النساء قل ذلك العدد أو كثر حرم عليه أن يتزوج بواحدة منهن ، لأنه لا مشقة عليه فى اجتناب التزويج من العدد المحصور هكذا أفاده ابن الحداد المصرى من أصحابنا . والله أعلم

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) ويحرم عليه أن يجمع بين أختين فى النكاح لقوله عز وجل « وأن تجمعوا بين الأختين » ولأن الجمع بينهما يؤدى إلى العداوة وقطع الرحم ، ويحرم عليه أن يجمع بين المرأة وعمتها وبين المرأة وخالتها لما روى أبو هريرة ان النبى (ص) قال « لا تنكح المرأة على عمتها ولا على خالتها » ولأنهما امرأتان لو كانت احداهما ذكراً لم يحل له نكاح الأخرى ، فلم يجز الجمع بينهما فى النكاح كالأختين ؛ فإن جمع بين الأختين أو بين المرأة وعمتها او بين المرأة وخالتها فى عقد واحد بطل نكاحهما لأنه ليست احداهما بأولى من الأخرى فبطل نكاحهما ، وان تزوج احداهما بعد الأخرى بطل نكاح الثانية لأنها اختصت بالتحريم ؛ وان تزوج احداهما ثم طلقها — فإن كان طلاقا بائنا — حلت له الأخرى لأنه لم يجمع بينهما فى الفراش ، وان كان رجعياً لم تحل لأنها باقية على الفراش .

وان قال أخبرتني بانقضاء العدة وأنكرت المرأة لم يقبل قوله فى اسقاط النفقة والسكنى لأنه حق لها ، ويقبل قوله فى جواز نكاح أختها لأن الحق لله تعالى ، وهو مقلد فيما بينه وبينه ، فان نكح وثنى وثنية ودخل بها ثم أسلم وتزوج بأختها فى عدتها لم يصح .

وقال المزنى : النكاح موقوف على اسلامها ، فان لم تسلم حتى انقضت العدة صح ، كما يقف نكاحها على اسلامها . وهذا خطأ لأنها جارية الى بينونة فلم يصح نكاح أختها كالرجعية ، ويخالف هذا نكاحها ، فإن الموقوف هناك الحل ، والنكاح يجوز ان يقف حله ولا يقف عقده ، ولهذا يقف حل نكاح المرتدة على انقضاء العدة ولا يقف نكاحها على الاسلام ، ويقف حل نكاح الرجعية على العدة ولا يقف نكاح أختها على العدة .

(الشرح) حديث ابى هريرة رواه احمد والشيخان واصحاب السنن الأربعة والدارقطنى . قال ابن عبد البر : أكثر طرقه متواترة عنه . وزعم قوم انه تفرد به وليس كذلك . قلت : رواه أحمد والبخارى والترمذى من حديث جابر . وقال البيهقى عن الشافعى : ان هذا الحديث لم يرو من وجه يثبته أهل الحديث الا عن ابى هريرة ، وما ذكرناه من رواية جابر يدفعه . قال البيهقى : هو كما قال الشافعى قد جاء من حديث على وابن مسعود وابن عمر وابن عباس وعبد الله بن عمرو وأنس وابى سعيد وعائشة ، وليس فيها شىء على شرط الصحيح ، وانما اتفقنا على اثبات حديث أبى هريرة . وأخرج البخارى رواية عاصم عن الشعبى عن جابر وبيّن الاختلاف على الشعبى فيه ، قال والحفاظ يرون رواية عاصم خطأ والصواب رواية ابن عون وداود بن ابى هند اه

قال الحافظ بن حجر : وهذا الاختلاف لم يقدح عند البخارى لأن الشعبى أشهر بجابر منه بأبى هريرة ، وللحديث طريق أخرى عن جابر بشرط الصحيح أخرجها النسائى من طريق ابن ابى جريج عن ابى الزبير عن جابر وقول من نقل عنهم البيهقى تضعيف حديث جابر معارض بتصحيح الترمذى وابن حبان وغيرهما له وكفى بتخريج البخارى له موصولا قوة

قال ابن عبد البر : كان بعض أهل الحديث يزعم أنه لم يرو هذا الحديث غير أبي هريرة ، يعني من وجه يصح ، وكأنه لم يصح حديث الشعبي عن جابر وصححه عن ابي هريرة والحديثان جميعاً صحيحان .

قال ابن حجر . وأما من نقل البيهقي أنهم رووه من الصحابة غير هذين فقد ذكر مثل ذلك الترمذي بقوله ، وفي الباب - لكن لم يذكر ابن مسعود ولا ابن عباس ولا أنساً - وزاد بدلهم أبا موسى وأبا أمامة وسمرة ، قال وقع لى أيضا من حديث أبي الدرداء ومن حديث عتاب بن أسيد ومن حديث سعد بن أبي وقاص ومن حديث زينب امرأة ابن مسعود . قال وأحاديثهم موجودة عند ابن أبي شيبة وأحمد وأبي داود والنسائي وابن ماجه وابي يعلى والبزار والطبراني وابن حبان وغيرهم ؛ ولولا خشية التطويل لأوردتها مفصله . قال ولكن في لفظ حديث ابن عباس عند ابي داود أنه كره أن يجمع بين المرأة على العمة والخالة وقال إنكن إذا فعلتن قطعتن أرحامكن . اه

وأخرج أبو داود في المراسيل عن عيسى بن طلحة قال « نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن أن تنكح المرأة على قرابتها مخافة القطيعة » وأخرجه أيضا ابن ابي شيبة . وأخرج الخلال من طريق إسحاق بن عبد الله بن ابي طلحة عن ابيه عن ابي بكر وعثمان أنهم كانوا يكرهون الجمع بين القرابة مخافة الضغائن ولكن الأحاديث التي مضى لنا ذكرها تدل على تحريم الجمع بين من ذكر في حديث ابي هريرة ، لأن ذلك هو معنى النهي حقيقة . وقد حكاه الترمذي عن عامة أهل العلم . وقال لا نعلم بينهم اختلافا في ذلك وكذلك حكاه الشافعي عن جميع المفتين وقال لا اختلاف بينهم في ذلك .

وقال ابن المنذر لست أعلم في منع ذلك اختلافا اليوم ، وإنما قال بالجواز فرقة من الخوارج . وهكذا حكى الاجماع القرطبي واستثنى الخوارج . قال ولا يعتد بخلافهم . وهكذا نقل الاجماع ابن عبد البر ولم يستثن ، ونقل الاجماع ابن حزم واستثنى عثمان البتي . ونقله النووي في الروضة والمنهاج واستثنى في الروضة طائفة من الخوارج والشيعه . ونقله ابن دقيق العيد عن جمهور العلماء ولم يعين المخالف

أما أحكام الفصل فإن المنصوص على تحريمها بالجمع فهي أخت الزوجة ،

فلا يجوز للرجل أن يجمع بين الأختين فى النكاح ، سواء ان كانتا أختين لأب وأم أو لأب أو لأم ؛ وسواء كانتا أختين من النسب أو من الرضاع لقوله تعالى «وأن تجمعوا بين الأختين» الايه ؛ ولأن العادة جارية ان الرجل اذا جمع ضرتين تباغضا وتحاسدا وتتبعت كل واحدة عيوب الأخرى وعوراتها ، فلو جوّزنا الجمع بين الأختين لأدى ذلك إلى تباغضهما وتحاسدهما فيكون فى ذلك قطع الرحم بينهما ولا سبيل اليه ، وهو إجماع لاخلاف فيه ، فإن تزوجهما معاً فى عقد واحد لم يصح نكاح واحدة منهما ، لأنه لا مزية لاحداهما على الاخرى ، فبطل الجمع كما لو ابتاع درهمين بدرهمين ، وان تزوج إحداهما ثم تزوج الثانية بطل نكاح الثانية دون الأولة ، لأن الجمع اختص بالثانية

(فرع) ويحرم عليه الجمع بين المرأة وعمتها الحقيقة والمجاز من الرضاع أو من النسب ، ويحرم عليه الجمع بين المرأة وخالتها الحقيقة والمجاز من الرضاع أو من النسب . دليلنا ما سقناه من أحاديث بلغت حد التواتر من طرفها الأول الى مخرجيها ومدونيها .

قال العمرانى من أصحابنا . ولأن كل امرأتين منهما لو قلبت إحداهما ذكراً لم يجز له ان يتزوج بالاخرى بالنسب ، فوجب ان لا يجوز الجمع بينهما فى النكاح كالاختين ، ولا يجوز أن يجمع بين المرأة وخالة أمها أو عمة أمها . اه

ويجوز الجمع بين امرأة كانت لرجل وبين ابنة زوجها الأول من غيرها . وقال ابن ابى ليلى «لا يجوز لأنه لو قلبت ابنة الرجل ذكراً لم يحل له نكاح امرأة ابنه فهما كالاختين .

دليلنا قوله تعالى «وأحل لكم ما وراء ذلكم» لأنه لو قلبت امرأة الرجل ذكراً لحل له نكاح الأخرى ؛ ويخالف الأختين لأنك لو قلبت كل واحدة منهما ذكراً لم يحل له الاخرى ، ويجوز ان يجمع بين المرأة وبين زوجة ابيها لأنه لا قرابه بينهما ولا رضاع . وكذلك اذا تزوج رجل له ابنه امرأة لها ابنه فيجوز لآخر ان يجمع بين ابنه الزوج وابنه الزوجه ، لأنه اذا جاز ان يجمع بين المرأة وبين ابنه ضرتها لأنه لا قرابة بينهما ولا رضاع

وإن تزوج رجل له ابن بامرأة لها ابنة جاز لابن الزوج أن يتزوج بابنة الزوجة لما روى أن رجلا له ابن تزوج إمرأة لها ابنة ففجر الغلام بالصبية فسألهما عمر رضى الله عنه فاعترفا فجلدهما وعرض أن يجمع بينهما ، فأبى الغلام ، ولأنه لا نسب بينهما ولا رضاع .

فان قيل : أليس الرجل لو أولد من المرأة ولداً كان أخا أو أختاً له فكيف يجوز له أن يتزوج بأخت أخيه ؟ قلنا : إنه لا يجوز له التزوج بأخت نفسه ، فأما بأخت أخيه فلا يمنع منه ، فان رزق كل واحد منهما ولداً من امرأته كان ولد الأب ثم ولد الإبن وخاله ، فان تزوج بامرأة وتزوج ابنه بأمها جاز ، لأن أمها محرمة على أبيه دونه ، فان رزق كل واحد منهما ولداً كان ولد الاب عم ولد الإبن وولد الابن خال ولد الأب .

(فرع) وإن تزوج بامرأة ثم طلقها وأراد أن يتزوج بأختها أو عمتها أو خالتها أو تزوج أربع نسوة وطلقهن واراد أن ينكح أربعاً غيرهن أو طلق واحدة منهن وأراد أن يتزوج غيرها — فان كان الطلاق قبل الدخول — يصح تزويجه بلا خلاف ، لانه لا عدة له على المطلقه ، وان كان بعد الدخول - فان كان الطلاق رجعيا - لم يصح تزويجه قبل انقضاء المدة ، لان المطلقة فى حكم الزوجات ، وإن كان الطلاق بائنا صح تزويجه عندنا قبل انقضاء المدة ، وبه قال زيد بن ثابت رضى الله عنه والزهرى ومالك .

وقال الثورى وأبو حنيفة : لا يصح ، وروى ذلك عن على وابن عباس . دليلنا أن المطلقة بائن منه لجاز له عقد النكاح على أختها كالبائن قبل الدخول .

(فرع) قال الشافعى فى الأم : فان تزوج رجل إمرأة فطلقها طلاقا رجعيا ثم قال الزوج : قد أخبرتنى بانقضاء عدتها فأنكرت لم يقبل قوله فى إسقاط نفقتها وكسوتها وسائر حقوقها ، لأنه حق لها فلم يقبل قوله فى إسقاطه ، وإن أراد أن يتزوج بأختها أو عمتها وصادقته التى تزوجها على ذلك صح تزويجه ، لأن الحق لله تعالى وهو مقدر فيما بينه وبينه .

قال المصنف رحمه الله :

{ فصل } ومن حرم عليه نكاح امرأة بالنسب له أو بالمصاهرة أو بالجمع حرم عليه وطؤها بملك اليمين لانه إذا حرم النكاح فلأن يحرم الوطء وهو المقصود أولى وان ملك أختين فوطىء إحداهما حرمت عليه الاخرى حتى تحرم الموطوءة ببيع أو عتق أو كتابة أو نكاح . فان خالف ووطئها لم يعد إلى وطئها حتى تحرم الأولى ، والمستحب أن لا يطأ الاولى حتى يستبرىء الثانية حتى لا يكون جامعاً الماء فى رحم أختين ، وإن تزوج إمرأة ثم ملك أختها لم تحل له المملوكة ، لأن أختها على فراشه ، وإن وطىء مملوكة ثم تزوج أختها حرمت المملوكة وحلت المنكوحة ، لأن فراش المنكوحة أقوى ، لانه يملك به حقوق لا تملك بفراش المملوكة من الطلاق والظهار والايلاء واللعان . فثبت الاقوى وسقط الاضعف كملك اليمين لما ملك به ما لا يملك بالنكاح من الرقبة والمنفعه اذا طرأ على النكاح ثبت وسقط النكاح

{ فصل } وما حرم من النكاح والوطء بالقرابه حرم بالرضاع ، لقوله تعالى « وأمهاتكم اللاتى أرضعنكم وأخواتكم من الرضاعه » فنص على الام والاخت وقسنا عليهما من سواهما ، وروت عائشة رضى الله عنها أن النبي (ص) قال « يحرم من الرضاع مايحرم من الولادة » .

{ فصل } ومن حرم عليه نكاح امرأة على التأبيد برضاع أو نكاح أو وطء مباح صار لها محرما فى جواز النظر والخلوة ، لانها محرمه عليه على التأبيد بسبب غير محرم فصار محرما لها كالام والبنت ، ومن حرمت عليه بوطء شبهة لم يصر محرماً لها لانها حرمت عليه بسبب غير مباح ؛ ولم تلحق بذوات المحارم والانساب

(الشرح) حديث عائشة رضى الله عنها مضى تخريجه .

اما الاحكام : فان الشرع ساوى بين الامة والحرة فى تحريم الجمع بين الاختين كما لايحل له نكاحها بنسب او رضاع او مصاهرة ، لم يحل له وطؤها واسم النكاح يقع على الوطء ، ولان المقصود بعقد النكاح هو الوطء ، فاذا حرم عقد النكاح

فلأن يحرم الوطء أولى ، ويسرى على الإماء تحريم الجمع بين المرأة وعمتها والمرأة وخالتها فى الوطء ، وإن كان يحل فى الملك ، لأن الاستمتاع ليس غاية الملك ، وإنما المقصود بالملك المنفعة وما ذكره المصنف فعلى وجهه .

(مسألة) إذا حرم عليه نكاح المرأة على التأبيد بنكاح أو رضاع أو وطء مباح صار محْرماً لها فى جواز النظر والخلوة ، لأنها محرمة عليه على التأبيد بسبب غير محرم فصار محرما لها كالأم والابنة ، وان حرم عليه نكاحها بوطء شبهة فهل تصير محرما له ؟ فيه قولان حكاهما الصيمرى ، المشهور أنها لا تصير محرما له لأنها حرمت عليه بسبب غير مباح فلم يلحق بذوات الأنساب . والثانى : أنها تصير محرماً له لأنها ساوت من وطئت وطئاً مباحاً فى تحريم النكاح ولحوق النسب من هذا الوطء ساوتها فى الخلوة والنظر .

(مسألة) إذا وطىء الرجل إمرأة بملك صحيح أو بشبه ملك أو بشبهة عقد نكاح أو وطئها زوجة أو أمة حرمت عليه أمهاتها وبناتها على التأبيد لانه وطء يتعلق به لحوق النسب فتعلق به تحريم المصاهرة كالوطء فى النكاح ، ولانه معنى تصير به المرأة فراشاً فتعلق به تحريم المصاهرة كعقد النكاح ، وهذا هو المشهور من المذهب .

وحكى المسعودى قولا آخر أنه لا يتعلق به تحريم المصاهرة بوطء شبهة ، وليس بشىء عن أصحابنا منهم صاحب البيان وغيره .

وإن باشر امرأة دون الفرج بشهوة فى ملك أو شبهة بأن قبلها أو لمس شيئاً من بدنها فهل يتعلق بذلك تحريم المصاهرة وتحرم عليه الربيبة على التأبيد ؟ فيه قولان (أحدهما) يتعلق به التحريم ، وبه قال ابو حنيفة ومالك . وقالا : انه روى عن عمر بن الخطاب رضى الله عنه وليس له مخالف فى الصحابة ، ولأنه تلذذ بمباشرة فتعلق به تحريم المصاهرة والربيبة كالوطء ، فقولنا : تلذذ احتراز من المباشرة بغير شهوة ، وقولنا : بمباشرة احتراز من النظر .

(والثانى) لا يتعلق به تحريم المصاهرة ولا الربيبة ، وبه قال احمد بن حنبل لقوله تعالى « وربائبكم اللاتى فى حجوركم من نسائكم اللاتى دخلتم بهن » وهذا

ليس بدخول ، ولأنه لمس لا يوجب الغسل فلم يتعلق به تحريم كالمباشرة بغير شهوة وإن نظر إلى فرجها بشهوة لم يتعلق به تحريم المصاهرة ولا تحريم الربيبة . وقال الثوري وأبو حنيفة : يتعلق بها التحريم ؛ وحكاه المسعودي قولا آخر للشافعي وليس بمشهور . دليلنا أنه نظر إلى بعض بدنها فلم يتعلق به التحريم كما لو نظر إلى وجهها .

(فرع) وإن تزوج إمرأة ثم وطىء بنتها أو أمها بشبهة أو وطىء الأب زوجة الإبن بشبهة أو وطىء الإبن زوجة الأب بشبهة انفسخ النكاح ، لأنه معنى يوجب تحريماً مؤبداً ، فإذا طرأ على النكاح أبطله كالرضاع .

إذا ثبت هذا : فإن تزوج رجل امرأة ؛ وتزوج ابنه ابنتها ، وزفت الى كل منهما زوجة صاحبه ووطئها ولم يعلما ، فان الأول لما وطىء غير زوجته منهما لزمه لها مهر مثلها وانفسخ نكاح الموطوءة من زوجها لأنها صارت فراشا لأبيه أو ابنه ، ويجب عليه الغرم لزوجها ، لأنه حال بينه وبين بضع امرأة ، وفيما يلزمه قولان (أحدهما) جميع مهر المثل (والثاني) نصفه ، كالقولين فيما يلزم المرضعة لزوج الرضيعة اذا انفسخ النكاح بإرضاع ، وينفسخ نكاح الواطىء الأول من زوجته لأن أمها أو ابنتها صارت فراشاً له ، فيجب عليه لامرأته نصف المسمى لأن الفرقة جاءت من جهته .

وأما الواطىء الثاني فيلزمه مهر المثل للتي وطئها ، ولا يجب عليه لزوجها شيء لأنه لم يحل بينه وبين بضعها لأن الحيلولة بينهما حصلت بوطء الأول ، ولا يجب على الثاني لزوجته أيضاً شيء ، لأن الفرقة بينهما جاءت من قبلها بتمكينها الاول من نفسها ، فإن عرف الاول منهما أو الثاني ، تعلق بوطء كل واحدة منهما مهر المثل على الذي وطئها وينفسخ النكاحان ، ويجب لكل واحدة منهما على زوجها نصف المسمى لها ، لأنا نتيقن وجوبه فلا يسقط بالشك ولا يرجع أحدهما على الآخر بشيء ، لأن ذلك انما وجب للثاني على الأول ولم يعلم الأول من الثاني ، ويجب على كل واحدة منهما العدة ، وان جاءت كل واحدة بولد لحق الولد بواطئها ولا حد على أحدهما وهذا ان كان الواطىء والموطوءة جاهلين بالتحريم ، وان

كانت جاهلة وهو عالم بالتحريم ثبت لها المهر ولا حد عليها ولا يجب عليها عدة ، ولا يلحقه النسب ، ولا يثبت بهذا الوطء تحريم المصاهرة ، ويجب على الواطيء الحد ، وان كان الواطيء جاهلا بالتحريم والمرأة عالمة بالتحريم وجب عليها العدة ولحق النسب به وثبت به تحريم المصاهرة ولا حد عليه ولا مهر لها وعليها الحد وجوباً .

(فرع) وان تزوج رجل امرأة ثم تزوج أخرى فوطيء احداهما ثم بان أن احداهما أم الاخرى . فان نكاح الاولة صحيح لانه لم يتقدمه ما يمنع صحته ، ونكاح الثانية باطل ، لان نكاح الاولى يمنع نكاح الثانية .

وأما الواطيء فان كان وطيء الأولى فقد صادف وطؤه زوجته واستقر به المسمى لها ، ويفرق بينه وبين الثانية ، وتحرم عليه على التأبيد ، لأنها ان كانت هي البنت فقد وطيء أمها ، وان كانت هي الام فقد عقد على بنتها ووطئها ، وان كانت الموطوءة هي الثانية وجب لها عليه مهر مثلها وانفسخ نكاح الأولى وحرمت عليه على التأبيد ، لأنها ثبت من وطئها بشبهة أو أمها ، ووجب عليه الأولى نصف المسمى لها لأن الفسخ من جهته ، وهل يجوز أن يتزوج الثانية الانفراد ؟ ينظر فيه ، فان كانت البنت جاز له أن يتزوجها لأنها ربيبة لم يدخل بأمها ، وان كانت الام لم يجز له تزويجها ، لانه قد عقد النكاح على ابنتها ، وان وطئها جميعاً ثم بان أن احداهما أم الاخرى فان وطيء أولا المنكوحة أولا فقد صادف وطؤه زوجته فاستقر به عليه مهر مثلها المسمى ، فلما وطيء الثانية لزم لها مهر مثلها وانفسخ نكاح الاولة بوطء الثانية ، ولا يسقط من مهر الاولة شيء ، لان الفسخ وقع بعد الدخول .

وان وطيء أولا المنكوحه ثانياً ثم وطيء بعدها المنكوحة أولا ، فان لما وطيء المنكوحة ثانياً أولا لزمه لها مهر مثلها وانفسخ بهذا الوطء نكاحه من زوجته وهي المنكوحة أولا ولزمه لها نصف المهر المسمى ، فاذا وطيء المنكوحة اولا بعد ذلك لزمه بهذا الوطء مهر مثلها ، وان اشكل الامر فلم يعلم المنكوحة اولا من المنكوحة ثانيا ، ووطيء احداهما ، وقف عنهما لجواز ان تكونا محرمتين عليه على التأبيد ، فان كانت الموطوءة تعلم عينها وجب لها اقل الامرين من مهر

المثل أو المسمى لها لأنها تستحق ذلك بيقين ، لأنها إن كانت هى المنكوحة أولا فلها المسمى ، وان كانت هى المنكوحة ثانياً فلها مهر المثل وتوقف الزيادة حتى تتبين ، وان كانت الموطوءة أيضا مشكلة وقف أقل المهرين بينهما حتى يتبين أو يصطلحا . والله تعالى أعلم

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) ويحرم على المسلم أن يتزوج بمن لا كتاب له من الكفار ، كعبدة الأوثان ومن ارتد عن الاسلام، لقوله تعالى « ولا تنكحوا المشركات حتى يؤمن » ويحرم عليه أن يطأ إماءهم بملك اليمين ، لأن كل صنف حرم وطء حرائرهم بعقد النكاح حرم وطء إمائهم بملك اليمين كالأخوات والعمات ، ويحل له نكاح حرائر أهل الكتاب ، وهم اليهود والنصارى ومن دخل فى دينهم قبل التبديل لقوله تعالى « وطعام الذين أوتوا الكتاب حل لكم وطعامكم حل لهم والمحصنات من المؤمنات والمحصنات من الذين أوتوا الكتاب من قبلكم » ولأن الصحابة رضى الله عنهم تزوجوا من أهل الذمة ، فتزوج عثمان رضى الله عنه نائلة بنت الفرافصة الكلبية وهى نصرانية وأسلمت عنده ، وتزوج حذيفة رضى الله عنه بيهودية من أهل المدائن ، وسئل جابر رضى الله عنه عن نكاح المسلم اليهودية والنصرانية فقال « تزوجنا بهن زمان الفتح بالكوفة مع سعد بن أبى وقاص » ويحل له وطء امائهم بملك اليمين، لأن كل جنس حل نكاح حرائرهم حل وطء امائهم كالمسلمين، ويكره أن يتزوج حرائرهم وأن يطأ اماءهم بملك اليمين؛ لأنا لا نأمن أن يميل اليها فتفتنه عن الدين أو يتولى أهل دينها ، فإن كانت حربية فالكراهية أشد ، لأنه لا يؤمن ما ذكرناه ، ولأنه يكثر سواد أهل الحرب ، ولأنه لا يؤمن أن يسبى ولده منها فيسترق .

(فصل) وأما غير اليهود والنصارى من أهل الكتاب ، كمن يؤمن بزبور داود عليه السلام وصحف شيث ، فلا يحل للمسلم أن ينكح حرائرهم ولا أن يطأ اماءهم بملك اليمين لأنه قيل أن ما معهم ليس من كلام الله عز وجل وانما هو شىء نزل به جبريل عليه السلام كالاحكام التى نزل بها على النبى صلى الله عليه وسلم

من غير القرآن ، وقيل ان الذى معهم ليس بأحكام وانما هى مواعظ ؛ والدليل عليه قوله تعالى « انما أنزل الكتاب على طائفتين من قبلنا » ومن دخل فى دين اليهود والنصارى بعد التبديل لا يجوز للمسلم أن ينكح حرائرهم ولا أن يطأ اماءهم بملك اليمين لأنهم دخلوا فى دين باطل فهم ، كمن ارتد من المسلمين ، ومن دخل فيهم ولا يعلم أنهم دخلوا قبل التبديل أو بعده كنصارى العرب وهم تنوخ وبنو تغلب وبهراء لم يحل نكاح حرائرهم ولا وطء امائهم بملك اليمين ، لان الاصل فى الفروج الحظر فلا تستباح مع الشك

(الشرح) قال الشافعى رضى الله عنه : وأهل الكتاب الذين يحل نكاحهم اليهود والنصارى دون المجوس ، وجملة ذلك أن المشركين على ثلاثة أضرب : ضرب لهم كتاب وضرب لا كتاب لهم ولا شبهة ، وضرب لهم شبهة كتاب ، فأما الضرب الذين لهم كتاب فاليهود والنصارى ؛ وليس بين أهل العلم اختلاف فى حرائر أهل الكتاب .

وممن روى عنه ذلك عمر وعثمان وطلحة وحذيفة وسلمان وجابر وغيرهم . قال ابن المنذر : ولا يصح عن أحد من الاوائل أنه حرم ذلك . وروى الخلال باسناده أن حذيفة وطلحه والجارود بن المعلى وأذينة العبد تزوجوا نساء من أهل الكتاب ، وبه قال سائر اهل العلم ، وحرمته الاماميه تمسكاً بقوله تعالى « ولا تنكحوا المشركات حتى يؤمن » وقوله تعالى « ولا تمسكوا بعصم الكوافر »

دليلنا قوله تعالى « يسئلونك ماذا أحل لهم ، قل أحل لكم الطيبات — الى قوله تعالى — والمحصنات من الذين أوتوا الكتاب من قبلكم » قال ابن عباس : هذه الآية نسخت قوله تعالى « ولا تنكحوا المشركات حتى يؤمن » لان المائدة نزلت بعد البقرة ، وقد نكح عثمان نصرانيه ، ونكح حذيفه يهوديه ، وسئل جابر ابن عبد الله عن نكاح المسلم اليهوديه والنصرانيه فقال : تزوجناهن بالكوفه عام الفتح ، يعنى فتح العراق ، اذ لم نجد مسلمه ، فلما انصرفنا طلقناهن ، نساؤهم حل لنا ونساؤنا يحرمن عليهم .

وأما من لا كتاب لهم ولا شبهة كتاب فهم عبدة الاوثان ؛ وهم قوم يعبدون

مايستحسنون من حجر وحيوان وشمس وقمر ونار وأنهار وأشجار ولا يجوز اقرارهم على دينهم ولا يجوز نكاح حرائرهم، وإن ملكت منهم أمة لم يحل وطؤها بملك اليمين لقوله تعالى «ولا تنكحوا المشركات حتى يؤمن» وقوله تعالى «ولا تمسكوا بعصم الكوافر» فيحرم نكاح المشركات ثم نسخ منه نكاح أهل الذمة على قول من يجعل الاستثناء من العام نسخاً فى قدره، وبقى الباقى منهم على عموم التحريم

وأما من لهم شبهة كتاب وهم المجوس — ولا خلاف أنه ليس لهم كتاب موجود — وهل كان لهم كتاب ثم رفع؟ فيه قولان يأتيان فى موضعهما إن شاء الله إذا ثبت هذا فيجوز إقرارهم على دينهم ببذل الجزية، ولا يحل نكاح حرائرهم. وحكى عن أبى إسحاق المروزى أنه قال: إذا قلنا إن لهم كتاباً حل نكاح حرائرهم والأول هو المذهب. وقد ذهب ابن حزم إلى جواز نكاح حرائرهم فى كتابه الفصل فى الملل والأهواء والنحل بناء على وجوب الجزية عليهم، وهو أخذ بالقياس الذى يرفضه ويحمل عليه فى جميع كتبه التى تدور كلها على ذم القياس وتزييفه ودحضه.

ودليلنا قوله تعالى «ولا تنكحوا المشركات حتى يؤمن» وقوله تعالى «ولا تمسكوا بعصم الكوافر» وهذا عام فى كل مشركة إلا ما قام عليه دليل وهو أهل الكتاب، وهؤلاء غير متمسكين بكتاب فلم تحل مناكحتهم. وقال ابراهيم الحربى روى عن بضعة عشر نفساً من الصحابة رضى الله عنهم أنهم قالوا: لا يحل لنا نكاح نسائهم. وقال أبو ثور: يحل لنا نكاح حرائرهم قياساً على الجزيه. وقد قلنا إن هؤلاء ليسوا أهل كتاب فلم تحل مناكحتهم ولا أكل ذبائحهم كعبدة الأوثان. وأما قول أبى إسحاق من أصحابنا وابى ثور من الفقهاء فغير صحيح، لانه لو جاز نكاحهم على القول بأن لهم كتاباً لحل قتالهم على القول الذى يقول: لا كتاب لهم. هكذا أفاده العمرانى فى البيان

(فرع) فأما المتمسكون بالكتب التى نزلت على الانبياء صلوات الله عليهم كمن تمسك بصحف ابراهيم وزبور داود وشيث عليهم السلام، فلا يحل نكاحهم ولا وطء الاماء منهم بملك اليمين، ولا يحل أكل ذبائحهم؛ وعلل الشافعى رضى الله عنه ذلك بعلتين إحداهما أن تلك الكتب ليس فيها أحكام، وانما هى

مواعظ فلم تثبت لها حرمة . والثانيه : أنها ليست من كلام الله سبحانه وتعالى ، وانما كانت وحياً منه وقد يوحى ما ليس بقرآن كما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال : أتاني جبريل يأمرني أن أجهر ببسم الله الرحمن الرحيم ، ولم يكن ذلك قرآنا وكلاماً من الله تعالى ، هكذا ذكر الشيخ أبو حامد وأفاده العمراني .

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) واختلف أصحابنا في السامرة والصابئين ، فقال أبو اسحاق : السامرة من اليهود والصابئون من النصارى ، واستفتى القاهر أبا سعيد الاصطخرى في الصابئين فأفتى بقتلهم لانهم يعتقدون أن الكواكب السبعه مدبرة ، والمذهب أنهم ان وافقوا اليهود والنصارى في أصول الدين من تصديق الرسل والايمان بالكتب كانوا منهم ، وان خالفوهم في أصول الدين لم يكونوا منهم وكان حكمهم حكم عبدة الاوثان . واختلفوا في المجوس ، فقال أبو ثور يحل نكاحهم لانهم يقرون على دينهم بالجزيه كاليهود والنصارى .

وقال أبو اسحاق : ان قلنا انهم كان لهم كتاب حل نكاح حرائرهم ووطء امائهم والمذهب انه لا يحل لأنهم غير متمسكين بكتاب فهم كعبدة الاوثان . وأما حقن الدم فلأن لهم شبهة كتاب والشبهة في الدم تقتضى الحقن وفي البضع تقتضى الحظر . وأما ماقال أبو اسحاق فلا يصح لانه لو جاز نكاحهم على هذا القول لجاز قتلهم على القول الآخر .

(فصل) ويحرم عليه نكاح من ولد بين وثني وكتابيه لأن الولد من قبيلة الاب ولهذا ينسب اليه ويشرف بشرفه ، فكان حكمه في النكاح حكمه ، ومن ولد بين كتابي ووثنيه ففيه قولان (أحدهما) أنها لا تحرم عليه ، لأنها من قبيلة الاب ، والاب من أهل الكتاب (والثاني) أنها تحرم لانها لم تتمحض كتابية فأشبهت المجوسيه .

(الشرح) الأحكام : السامرة والصابئون . قال الشافعي رضى الله عنه في موضع : السامرة صنف من اليهود ، والصابئون صنف من النصارى ، وتوقف الشافعي رضى الله عنه في موضع آخر في حكمهم ، فقال أبو اسحاق : انما توقف

فى حكمهم قبل أن يتيقن أمرهم ، فلما تيقن أمرهم ألحقهم بهم . وحكى أن القاهر العباسى استفتى فى الصابئة فأفتاه أبو سعيد الاصطخرى أنهم ليسوا من أهل الكتاب . لأنهم يقولون : إن الفلك حى ناطق ، وإن الأنجم السبعة آلهة ، وهما الشمس والقمر والمشترى (جوبتير) وزحل والمريخ وزهرة وعطارد ، فأفتى بضرب رقابهم لجمعهم القاهر ليقتلهم فبذلوا له مالا كثيراً فتركهم . وهؤلاء يتفقون مع قدماء اليونان فى عبادة الزهرة والمريخ ، وفينوس إله الجمال واكوس إله النبيذ وجوبتير ، أما السامريون فيقال انهم أصحاب موسى السامرى وقبيله . وهم يقطنون نابلس من أرض فلسطين ـ كشف الله البلاء عنها وأزاح غمتها ، وفرج الكروب المدلهمة ، والنكبات المدلهمة التى حاقت بالقدس الشريف

وعلينا أن ننظر فى أمر الفريقين فإن كانوا يخالفون اليهود والنصارى فى أصول دينهم فليسوا منهم ، وإن كانوا يوافقونهم ـ ولا أظن الصابئين يوافقونهم فى أصول دينهم ويخالفونهم فى الفروع فهم منهم ، كما أن المسلمين ملة واحدة لاتفاقهم فى أصول الدين ، وإن اختلفوا فى الفروع

وقال المقريزى : اعلم أن طائفة السمرة ليسوا من بنى إسرائيل البتة ، وانما هم قوم قدموا من المشرق وسكنوا بلاد الشام وتهودوا ، الى أن قال : وعرفوا بين الأمم بالسامرة لسكناهم بمدينة شمرون ، وشمرون هذه هى مدينة نابلس .

(مسألة) قال الشافعى رضى الله عنه : ولا أكره نساء أهل الحرب الا لئلا يفتن مسلماً عن دينه ، وجملة ذلك أن الحربية من أهل الكتاب يجوز نكاحها اعتباراً بالكتاب دون الدار .

اذا ثبت هذا فإنه يكره للمسلمين نكاح الكتابيه بكل حال ، لأنه لا يؤمن أن تفتنه عن دينه ، أو تزعزع عقيدة أبنائه منها واطالما رأينا ملحدين وخونة وعملاء يرجع سبب ذلك الى تأثرهم بأمهاتهم غير المسلمات أو خلطائهم ممن يطوون على الاسلام كشحا ، ولا يودون لأمته عزاً ، فيزلزون المثل الرفيعه فى ضمائر هؤلاء المتفرنجين ، فينقلبون حربا على أمتهم وعلى عقائدها وشرائعها ، وقد كثرت جرائم هذا الصنف من الزواج الغر المجهول حتى تفشت مضاره فى نمت حكومة

مصر قانونا بحظر الزواج من هؤلاء الاجنبيات على ضباط القوات المسلحه ، وعلى رجال السلك الدبلوماسى من السفراء والقناصل والمفوضين ومن اليوم حتى لا تتسرب أسرارنا الى العدو ، وهذا يدل على بعد نظر الإمام الشافعى رضى الله عنه ودقة فهمه وقوة اجتهاده حين كره ذلك لجميع أفراد الامه ولم يفرق بين فئة وأخرى ، لان كل مسلم على ثغرة من ثغور الإسلام

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) ولا يحل له نكاح الأمة الكتابيه لقوله تعالى « ومن لم يستطع منكم طولا أن ينكح المحصنات المؤمنات فما ملكت أيمانكم من فتياتكم المؤمنات » ولأنها ان كانت لكافر استرق ولده منها ، وان كانت لمسلم لم يؤمن أن يبيعها من كافر فيسترق ولده منها

وأما الأمة المسلمة فإنه ان كان الزوج حراً نظرت فإن لم يخش العنت وهو الزنا لم يحل له نكاحها لقوله تعالى « ومن لم يستطع منكم طولا أن ينكح المحصنات المؤمنات فما ملكت أيمانكم من فتياتكم المؤمنات » الى قوله عز وجل « ذلك لمن خشى العنت منكم » فدل على انها لا تحل لمن لم يخش العنت ، وان خشى العنت ولم تكن عنده حرة ولا يجد طولا ، وهو ما يتزوج به حرة ، ولا ما يشترى به أمة جاز له نكاحها للآية ، وان وجد ما يتزوج به حرة مسلمة لم يحل له نكاح الامة لقوله تعالى « ومن لم يستطع منكم طولا أن ينكح المحصنات المؤمنات فما ملكت أيمانكم » فدل على أنه اذا استطاع ما ينكح به محصنة مؤمنة أنه لا ينكح الامة ، وان وجد ما يتزوج به حرة كتابيه أو يشترى به أمة ففيه وجهان

(أحدهما) يجوز ، لقوله تعالى « ومن لم يستطع منكم طولا أن ينكح المحصنات المؤمنات فما ملكت أيمانكم » وهذا غير مستطيع أن ينكح المحصنات المؤمنات (والثانى) لا يجوز ، وهو الصحيح ، لقوله تعالى « ذلك لمن خشى العنت منكم » وهذا لا يخشى العنت . وان كانت عنده حرة لا يقدر على وطئها لصغر أو لرتق أو اضنى من مرض ففيه وجهان

(أحدهما) يحل له نكاح الأمة ، لأنه يخشى العنت .

(والثانى) لا يحل ، لأن تحته حرة فلا يحل له نكاح الأمة ، والصحيح هو الاول ، فان لم تكن عنده حرة ولم يقدر على طول حرة وخشى العنت فتزوج أمة ثم تزوج حرة أو وجد طول حرة أو أمن العنت لم يبطل نكاح الامة . وقال المزنى إذا وجد صداق حرة بطل نكاح الامة ، لان شرط الإباحة قد زال ، وهذا خطأ ، لأن زوال الشرط بعد العقد لا حكم له كما لو أمن العنت بعد العقد ، وإن كان الزوج عبداً حل له نكاح الامة : وإن وجد صداق حرة ولم يخف العنت لانها مساوية له فلم يقف نكاحها على خوف العنت وعدم صداق الحرة كالحرة فى حق الحر

{ فصل } ويحرم على العبد نكاح مولاته ، لان أحكام الملك والنكاح تتناقض فإن المرأة بحكم الملك تطالبه بالسفر إلى المشرق ، والعبد بحكم النكاح يطالبها بالسفر إلى المغرب ، والمرأة بحكم النكاح تطالبه بالنفقة ، والعبد بحكم الملك يطالبها بالنفقة ، وإن تزوج العبد حرة ثم اشترته انفسخ النكاح ، لأن ملك اليمين أقوى لانه يملك به الرقبة والمنفعة ، فأسقط النكاح ، ويحرم على المولى أن يتزوج أمته لان النكاح يوجب للمرأة حقوقا يمنع منها ملك اليمين فبطل ، وإن تزوج جارية ثم ملكها انفسخ النكاح لما ذكرناه فى العبد إذا تزوج حرة ثم اشترته .

{ فصل } ويحرم على الاب نكاح جارية ابنه لان له فيها شبهة تسقط الحد بوطئها فلم يحل له نكاحها كالجارية المشتركة بينه وبين غيره ، فإن تزوج جارية أجنبى ثم ملكها ابنه ففيه وجهان (أحدهما) انه يبطل النكاح لأن ملك الابن كملكه فى إسقاط الحد وحرمة الاستيلاد فكان كملكه فى إبطال النكاح (والثانى) لا يبطل لانه لا يملكها بملك الابن فلم يبطل النكاح .

(الشرح) لا يجوز للحر المسلم نكاح الامة المشركة سواء كانت وثنية أو كتابية وقال أبو حنيفة يجوز له نكاح الامة الكتابية ، دليلنا قوله تعالى : ومن لم يستطع منكم طولا أن ينكح المحصنات المؤمنات فما ملكت أيمانكم من فتياتكم المؤمنات ، الآية ، فدل على أنه لا يجوز نكاح الفتيات غير المؤمنات ، ويجوز للحر المسلم أن ينكح الامة المسلمة بشرطين .

(أحدهما) أن يكون عادما للطَّوْل وهو مهر حرة المحصنه . والمحصنات هنا هن الحرائر ولو كن أبكاراً ، والمحصنات أيضا المزوجات والمحصنات العفائف ، أحصنت المرأة عفت عن الزنا ، وكل امرأة عفيفة محصَنة ومحصِنة ، وكل امرأة مزوجة محصنة بالفتح فقط ، والحصان بفتح الحاء المرأة العفيفة . ولعل اللفظ مأخوذ فى الأصل من الحصن وهو المكان الذى لا يقدر عليه لارتفاعه ؛ وحصن بالضم حصانة فهو حصين ، والحصان بالكسر الفرس العتيق ، ولعله سمى بذلك لأن ظهره كالحصن لصاحبه . وقيل إنه ضن بمائه فلم ينز إلا على كريمة . ومن هذه المادة كان إذا أصاب الحر البالغ امرأته أو أصيبت الحرة البالغة بنكاح فهو إحصان فى الإسلام والشرك ، والمراد فى نكاح صحيح ، واسم الفاعل من أحصن إذا تزوج محصن بالفتح على غير قياس والمرأة محصنة أيضا على غير قياس ، ولذا قال تعالى « المحصنات »

(والثانى) أن يكون خائفا من العنت ، والعنت الخطأ وأيضا المشقة ، يقال أكمة عنوت أى شاقة . قال تعالى « عزيز عليه ما عنتم » وقال « ودوا ما عنتم » ومعناه هنا الفجور أو الوقوع فى المشقة المفضية إلى الزنا ، فإن خاف العنت أو لم يستطع الطول جاز له أن ينكح الأمة المسلمة ، وبه قال ابن عباس وجابر رضى الله عنهم . ومن التابعين الحسن وعطاء وطاوس وعمرو بن دينار والزهرى ، ومن الفقهاء مالك والأوزاعى

وقال أبو حنيفة : إذا لم يكن تحته حرة حل له نكاح الأمة وإن لم يخف العنت سواء كان قادراً على صداق حرة أو غير قادر . وقال الثورى وأبو يوسف : إذا خاف العنت حل له نكاح الأمة ، وان لم يعدم الطول . وقال عثمان البتى : يجوز له أن يتزوج الأمه بكل حال كالحرة

دليلنا قوله تعالى « ومن لم يستطع منكم طولا أن ينكح المحصنات المؤمنات فما ملكت أيمانكم من فتياتكم المؤمنات » إلى قوله « ذلك لمن خشى العنت منكم » فلم يجز نكاحها إلا مع وجود الشرطين ، فإن وجد مهر حرة مسلمه لم يجز له نكاح الأمه للآيه وإن كان مجنونا لم يحل له نكاح الأمه لأنه لا يخاف الزنا ، وان كان

عادما الطول حرة مسلمه وخائفا للعنت فأقرضه رجل مهر حرة أو رضيت الحرة بتأخير الصداق عليه حل له نكاح الأمه ، لأن عليه ضررا بتعلق الدين بذمته ، وإن بذل له رجل هبة الصداق حل له نكاح الأمة لأن عليه منة في ذلك ، وإن وجد طول حرة مسلمه إلا أنه لا يتزوج لقصور نسبه أو لم يزوجه أهل البلد إلا بأكثر من مهر المثل فله أن يتزوج أمة لأنه غير قادر على حرة مسلمه، ووجود الشيء بأكثر من ثمن مثله بمنزلة عدمه ، وان رضيت الحرة بدون مهر المثل وهو واجد له فهل له أن يتزوج أمة ؟ فيه وجهان حكاهما المسعودى ، وان كان تحته حرة صغيرة لا يقدر على وطئها ، أو تحته كبيرة مريضه أو غائبه لا يصل فهل له أن يتزوج أمة ؟ فيه وجهان (أحدهما) يجوز له نكاح الامه ، لان الله تعالى شرط فى نكاحها أن لا يستطيع نكاح المحصنات المؤمنات والشرط موجود (والثانى) لا يجوز له وهو الاصح لانه لا يخاف العنت

(مسألة) لا يصح نكاح العبد لمولاته لتناقض أحكام الملك والنكاح فى النفقه والسفر ، لأن العبد مستحق النفقه عليها وهى مستحقة النفقه عليه ، وللمرأة أن تسافر بعبدها إلى أى بلد تشاء ، وللزوج أن يسافر بزوجته الى أى بلد يشاء ، فلو صححنا نكاحه لمولاته لتناقضت الاحكام فى ذلك ، فإن تزوج حرة ثم ملكته انفسخ نكاحها منه لان حكم ملك اليمين أقوى من النكاح . ولا يصح للرجل أن ينكح جارية ولده لصلبه ، ولا ولد ولده وان سفل لان له شبهه فى ماله بدليل أنه يجب عليه إعفافه فصارت كجارية نفسه ، وفى أحكام هذه الاصول فروع كثيرة اجتزأنا بأحراها بنظرة الاسلام الى ظاهرة الرق لتدعيم ما اقررنا فى أول أبواب العتق . والله تعالى أعلم

قال المصنف رحمه الله :

(فصل) ولا يجوز نكاح المعتدة من غيره لقوله تعالى : ولا تعزموا عقدة النكاح حتى يبلغ الكتاب أجله ، ولان العدة وجبت لحفظ النسب ، فلو جوزنا فيها النكاح اختلط النسب وبطل المقصود ، ويكره نكاح المرتابه بالحمل بعد انقضاء العدة ، لأنه لا يؤمن ان تكون حاملا من غيره ، فإن تزوجها ففيه وجهان .

(أحدهما) وهو قول أبي العباس أن النكاح باطل لأنها مرتابة بالحمل فلم يصح نكاحها، كما لو حدثت الريبة قبل انقضاء العدة

(والثاني) وهو قول أبي سعيد وأبي إسحاق أنه يصح ، وهو الصحيح ، لأنها ريبة حدثت بعد انقضاء العدة فلم تمنع صحة العقد كما لو حدثت بعد النكاح ، ويجوز نكاح الحامل من الزنا لأن حملها لا يلحق بأحد فكان وجوده كعدمه .

(الشرح) الاحكام : لا يصح نكاح المعتدة من غيره لقوله تعالى « ولا تعزموا عقدة النكاح حتى يبلغ الكتاب أجله » فالعزم على الشيء وعزمه عزما من باب ضرب عقد ضميره على فعله . والمعنى هنا لا تعزموا على عقدة النكاح في العدة ، لأن العزم عليه بعدها لا بأس به ، ثم حذف على . قال سيبويه : والحذف في هذه الآية لا يقاس عليه

قال النحاس : يجوز أن يكون المعنى ولا يعقدوا عقدة النكاح ، لأن معنى تعزموا وتعقدوا واحد قيل إن العزم على الفعل يتقدمه فيكون في هذا النهي مبالغة ، لأنه إذا نهى عن المتقدم على الشيء كان النهي عن ذلك الشيء بالاولى وحتى هنا غاية للنهي ، وبلوغ الكتاب أجله كناية عن انقضاء العدة ، والكتاب هنا هو الحد والقدر الذى رسم من المدة سماه كتابا لكونه محدوداً ومفروضا . كقوله تعالى « إن الصلاة كانت على المؤمنين كتابا موقوتا » والمراد بالأجل آخر مدة العدة .

وإن ارتابت بالحمل بأن بان أمارات الحمل وشكت هل هو حمل أو لا ؟ فإن حدثت لها هذه الريبة قبل انقضاء العدة : ثم انقضت عدتها بالاقراء أو بالشهور والريبة باقية لم يصح نكاحها لأنها تشك في خروجها من العدة والاصل بقاؤها . وإن انقضت عدتها من غير ريبة فتزوجت ثم حدثت لها ريبة بالحمل لم تؤثر هذه الريبة ، لأن النكاح قد صح في الظاهر وإن انقضت عدتها بالشهور أو بالاقراء ثم حدثت لها ريبة بالحمل فيكره نكاحها ، فإن تزوجها رجل فهل يصح ؟ فيه وجهان (أحدهما) لا يصح لانها مرتابه بالحمل فلم يصح نكاحها ، كما لو حدثت بها ريبه قبل انقضاء العدة ثم انقضت عدتها وهي مرتابه بالحمل فلم يصح نكاحها

كذلك هذا مثله (والثانى) يصح نكاحها وهو المذهب لانها ريبة حدثت بعد انقضاء عدتها فلم تؤثر كما لو نكحت بعد انقضاء العدة ثم حدثت الريبة

(فرع) إذا زنت المرأة لم يجب عليها العدة ، سواء كانت حائلا أو حاملا ، فإن كانت حائلا جاز للزانى ولغيره عقد النكاح عليها وإن حملت من الزنا فيكره نكاحها قبل وضع الحمل ، وهو أحد الروايتين عن أبى حنيفه رضى الله عنه وذهب ربيعه ومالك والثورى وأحمد وإسحاق رضى الله عنهم إلى أن الزانيه يلزمها العدة كالموطوءة بشبهه ، فإن كانت حائلا اعتدت ثلاثة أقراء ، وإن كانت حاملا اعتدت بوضع الحمل ، ولا يصح نكاحها قبل وضع الحمل

قال مالك رضى الله عنه : اذا تزوج امرأة ولم يعلم أنها زانيه ثم علم أنها حامل من زنا فإنه يفارقها ، فإن كان قد وطئها لزمه مهر المثل وقال ربيعه : يفارقها ولا مهر عليه . وذهب ابن سيرين وأبو يوسف رضى الله عنهما إلى أنها ان كانت حائلا فلا عدة عليها ، وان كانت حاملا لم يصح عقد النكاح عليها حتى تضع وهى الروايه الاخرى عن أبى حنيفه .

دليلنا قوله تعالى « وأحل لكم ما وراء ذلكم » وقوله صلى الله عليه وسلم « لا يحرم الحرام الحلال » والعقد على الزانيه كان حلالا قبل الزنا وقبل الحمل فلا يحرمه الزنا .

وروى أن رجلا كان له ابن تزوج امرأة لها ابنة ففجر الغلام بالصبيه ، فسألهما عمر رضى الله عنه فأقرا فجلدهما وحرص أن يجمع بينهما بالنكاح فأبى الغلام ولم ير عمر رضى الله عنه انقضاء العدة ، ولم ينكر عليه أحد ، فدل على أنه اجماع ولأنه وطء لا يلحق به النسب ، أو حمل لا يلحق بأحد فلم يمنع صحة النكاح كما لو لم يوجد .

قال المصنف رحمه الله :

(فصل) ويحرم على الحر أن يتزوج بأكثر من أربع نسوة ، لقوله تعالى « فانكحوا ما طاب لكم من النساء مثنى وثلاث ورباع » وروى عبد الله بن عمر

رضى الله عنهما ، أن غيلان بن سلمة أسلم وتحته عشر نسوة ، فقال له النبي صلى الله عليه وسلم : خذ منهن أربعاً ، ويحرم على العبد أن يجمع بين أكثر من امرأتين . وقال أبو ثور : يحل له أن يجمع بين أربع ، وهذا خطأ لما روى أن عمر رضى الله عنه خطب وقال : من يعلم ماذا يحل للمملوك من النساء ، فقال رجل أنا ، فقال كم ؟ قال اثنتان ، فسكت عمر ، وروى ذلك عن على وعبد الرحمن ابن عوف رضى الله عنهما

(الشرح) حديث ابن عمر رواه أحمد وابن ماجه والترمذى من طريق الزهرى عن سالم عن أبيه ، وأخرجه الشافعى عن الثقة عن معمر عن الزهرى بإسناده المذكور . وأخرجه أيضا ابن حبان والحاكم وصححاه . وزاد أحمد فى رواية : فلما كان فى عهد عمر طلق نساءه وقسم ماله بين بنيه ، فبلغ ذلك عمر فقال : إنى لأظن الشيطان فيما يسترق من السمع سمع بموتك فقذفه فى نفسك ، ولعلك لا تمكث إلا قليلا ، وايم الله لتراجعن نساءك ولترجعن مالك أو لأورثهن منك ولآمرن بقبرك أن يرجم كما رجم قبر أبى رغال .

قال البزار : جوّده معمر بالبصرة وأفسده باليمن

وحكى الترمذى عن البخارى أنه قال : هذا الحديث غير محفوظ . قال البخارى : وأما حديث الزهرى عن سالم عن أبيه فإنما هو أن رجلا من ثقيف طلق نساءه فقال له عمر : لتراجعن نساءك أو لأرجمنك . وحكم أبو حاتم وأبو زرعة بأن المرسل أصح . وحكى الحاكم عن مسلم أن هذا الحديث مما وهم فيه معمر بالبصرة . قال فإن رواه عنه ثقة خارج البصرة حكمنا له بالصحة وقد اخذ ابن حبان والحاكم والبيهقى بظاهر الحكم فأخرجوه من طرق عن معمر من حديث أهل الكوفة وأهل خراسان وأهل اليمامة عنه

قال الحافظ بن حجر : ولا يفيد ذلك شيئاً فإن هؤلاء كلهم إنما سمعوا منه بالبصرة ، وعلى تقدير أنهم سمعوا منه بغيرها فحديثه الذى حدث به فى غير بلده مضطرب ، لأنه كان يحدث فى بلده من كتبه على الصحة . وأما إذا رحل فحدث من حفظه بأشياء وهم فيها ، اتفق على ذلك أهل العلم كابن المدينى والبخارى

وابن أبي حاتم ويعقوب بن شيبة وغيرهم ، وحكى الأثرم عن أحمد أن هذا الحديث ليس بصحيح والعمل عليه ، وأعله بتفرد معمر في وصله وتحديثه به في غير بلده . وقال ابن عبد البر طرقه كلها معلولة ، وقد أطال الدارقطني في العلل تخريج طرقه ورواه ابن عيينة ومالك عن الزهري مرسلا ، ورواه عبد الرزاق عن معمر كذلك ، وقد وافق معمر على وصله بحر كنيز السقاء عن الزهري ولكنه ضعيف وكذا وصله يحيي بن سلام عن مالك ويحيي ضعيف جداً ، وأما الزيادة التي رواها أحمد عن عمر فأخرجها أيضا النسائي والدارقطني . قال الحافظ ابن حجر وإسناده ثقات وهذا الموقوف على عمر هو الذي حكم البخاري بصحته وقد توبع الحديث بما رواه أبو داود وابن ماجه عن قيس بن الحرث قال « أسلمت وعندي ثمان نسوة فأتيت النبي صلى الله عليه وسلم فذكرت ذلك له فقال : اختر منهن أربعا » وفي رواية الحرث بن قيس ، وفي إسناده محمد بن عبد الرحمن بن ابي ليلى : وقد ضعفه غير واحد من الأئمة ، وقد توبع أيضا بما روى عن عروة بن مسعود وصفوان بن أمية عند البيهقي ، وقد استدل جمهور أهل العلم بهذه الأخبار على تحريم الزيادة على أربع

وذهبت الظاهرية الى أنه يحل للرجل أن يتزوج تسعا ، ووجههم قوله تعالى (مثنى وثلاث ورباع) ومجموع ذلك لا باعتبار ما فيه من العدل تسع . وقد أخطأ الشوكاني في عزو ذلك إلى ابن الصباغ والعمراني وبعض الشيعة ، والصحيح أن ابن الصباغ والعمراني ردا على القائلين بهذا كالقاسم بن ابراهيم وبعض الشيعة وبعض الظاهرية ، وحاشا لبعض أصحابنا من الفحول ان يذهبا الى حل أكثر من أربع ، ونحن نعتمد في شرح هذا السفر على أقوال ابن الصباغ والعمراني وغيرهما من اصحابنا ، ولم نجد لأحد منهم الذهاب إلى هذا المذهب

وأما خبر عمر فقد أخرج الداقطني بسنده إلى عمر رضى الله عنه قال « ينكح العبد امرأتين ويطلق تطليقتين وتعتد الأمة حيضتين » وقد روى البيهقي وابن أبي شيبة من طريق الحكم بن عتيبة أنه أجمع الصحابه على أن العبد لا ينكح أكثر من اثنتين .

وقال الشافعي بعد أن روى ذلك عن علي وعمر وعبد الرحمن بن عوف أنه

لا يعرف لهم من الصحابة مخالف . وأخرجه ابن أبي شيبة عن جماهير التابعين عطاء والشعبي والحسن وغيرهم .

ويؤخذ من هذا الفصل الرد على القائلين بإباحة التزويج بأكثر من أربع لأن الأحاديث التي سقناها تنتهض إلى درجة الحسن الذي ينتهض حجة للعمل به ، ويجاب على استدلالهم بزواج النبي صلى الله عليه وسلم بأن هذا مخصوص به ، ويجاب عن الآية بأنه من المستساغ لغة أن تقول عن الف جاءوك : جاءني هؤلاء مثنى مثنى أو ثلاث ، أو رباع إذا كان مجيئهم اثنين اثنين أو ثلاثة ثلاثة أو أربعة أربعة ، ويؤيد ذلك كون الأصل في الفروج الحرمة ، كما صرح به الخطابي ، فلا يجوز الإقدام على شيء منه إلا بدليل . وايضا هذا الخلاف مسبوق بالإجماع على عدم جواز الزيادة على الأربع كما صرح بذلك في البحر

وقال في الفتح : اتفق العلماء على أن من خصائصه صلى الله عليه وسلم الزيادة على أربع نسوة يجمع بينهن .

قال المصنف رحمه الله تعالى :

﴿ فصل ﴾ ولا يجوز نكاح الشغار ، وهو أن يزوج الرجل ابنته أو أخته من رجل على أن يزوجه ذلك ابنته أو أخته ؛ ويكون بضع كل واحدة منهما صداقا الأخرى ، لما روى ابن عمر رضي الله عنه « أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن الشغار ، والشغار أن يزوج الرجل ابنته من الرجل على أن يزوجه الآخر ابنته وليس بينهما صداق » ولأنه اشرك في البضع بينه وبين غيره فبطل العقد ، كما لو زوج ابنته من رجلين .

فأما إذا قال زوجتك ابنتي على أن تزوجني ابنتك صح النكاحان ، لأنه لم يحصل التشريك في البضع ، وإنما حصل الفساد في الصداق ، وهو أنه جعل الصداق أن يزوجه ابنته فبطل الصداق وصح النكاح . وإن قال زوجتك ابنتي بمائة على أن تزوجني ابنتك بمائة صح النكاحان ووجب مهر المثل ، لأن الفساد في الصداق وهو شرطه مع المائة تزويج ابنته ، فأشبه المسئلة قبلها . وإن قال زوجتك ابنتي

بمائة على أن تزوجنى ابنتك بمائة ويكون بضع كل واحدة منهما صداقا للأخرى ففيه وجهان (أحدهما) يصح لأن الشغار هو الخالى من الصداق ، وههنا لم يخل من الصداق (والثانى) لا يصح وهو المذهب ، لأن المبطل هو التشريك فى البضع ، وقد اشترك فى البضع

(الشرح) حديث ابن عمر رواه عنه نافع وأخرجه الشيخان وأصحاب السنن الاربعة وأحمد فى مسنده والدارقطنى ، ولم يذكر الترمذى ما ورد من تفسير الشغار . وأبو داود جعله من كلام نافع ، وهو كذلك فى رواية عند أحمد والشيخين وروى عن ابن عمر أيضا عند مسلم ان النبى صلى الله عليه وسلم قال « لا شغار فى الاسلام » وعند أحمد ومسلم أيضا عن أبى هريرة « نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن الشغار ، والشغار ان يقول الرجل للرجل زوجنى ابنتك وأزوجك ابنتى أو زوجنى أختك وأزوجك أختى »

وأخرج أحمد وأبو داود عن عبد الرحمن بن هرمز الأعرج « أن العباس بن عبد الله بن عباس أنكح عبد الرحمن بن الحكم ابنته وأنكحه عبد الرحمن ابنته . وقد كانا جعلاه صداقا ، فكتب معاوية بن ابى سفيان إلى مروان بن الحكم يأمره بالتفريق بينهما ، وقال فى كتابه : هذا الشغار الذى نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عنه » وأخرج أحمد والنسائى والترمذى وصححه من حديث عمران بن الحصين أن النبى صلى الله عليه وسلم قال « لا جلب ولا جنب ولا شغار فى الإسلام ، ومن انتهب فليس منا » وروى مثل ذلك عن جابر عند مسلم

وأخرج البيهقى عن جابر أيضا « نهى عن الشغار . والشغار أن تنكح هذه بهذه بغير صداق بضع هذه صداق هذه وبضع هذه صداق هذه » . وأخرج عبد الرزاق عن أنس مرفوعا « لا شغار فى الاسلام ، والشغار أن يزوج الرجل الرجل أخته بأخته »

وأخرج أبو الشيخ من حديث ريحانة « أن النبى صلى الله عليه وسلم نهى عن المشاغرة أن يقول: زوج هذا من هذه ، وهذه من هذا بلا مهر » وأخرج الطبرانى عن أبى بن كعب مرفوعا « لا شغار ، قالوا يا رسول الله وما الشغار . قال إنكاح المرأة بالمرأة لا صداق بينهما »

وقال الشافعي في حديث ابن عمر « لا أدري التفسير عن النبي صلى الله عليه وسلم أو عن ابن عمر أو عن نافع أو عن مالك . هكذا حكى عن الشافعي البيهقي في المعرفة . قال الخطيب : تفسير الشغار ليس من كلام النبي صلى الله عليه وسلم وإنما هو من قول مالك . وهكذا قال غير الخطيب . قال القرطبي : تفسير الشغار صحيح موافق لما ذكره أهل اللغة ، فإن كان مرفوعا فهو المقصود ، وإن كان من قول الصحابي فمقبول أيضا لأنه أعلم بالمقال وأقعد بالحال

أما لغات الفصل فالشغار مادته من شغر البلد من باب قعد إذا خلا عن حافظ يمنعه ، وشغر الكلب شغراً من باب نفع رفع إحدى رجليه ليبول ، وشغرت رفعت رجلها للنكاح ؛ وشغرتها فعلت بها ذلك يتعدى ويلزم وقد يتعدى بالهمز فيقال أشغرتها . وقال في المصباح : وشاغر الرجل الرجل شغاراً من باب قتل زوّج كل واحد صاحبه حريمته على أن بُضْع كل واحدة صداق الأخرى ولا مهر سوى ذلك وكان سائغاً في الجاهلية . قيل مأخوذ من شغر البلد ، وقيل مأخوذ من شغر برجله إذا رفعها ، والشغار وزان سلام : الفارغ اه

قال ابن بطال : قال في الفائق : هو من قولهم شغرت بني فلان من الباب إذا أخرجتهم قال :

ونحن شغرنا ابني نزار كليهما وكلبا بطعن مرهب متقاتل

ومنه قولهم : تفرقوا شغر بغر ، لأنهما إذا تبدلا بأختيهما فقد أخرج كل واحد منهما أخته الى صاحبه وفارق بها اليه . وقيل سمي شغاراً لخلوه عن المهر من قولهم : شغر البلد إذا خلا عن أهله . وقال في الشامل : وقيل سمي شغاراً لقبحه تشبيها برفع الكلب رجله ليبول .

الأحكام : قال العمراني في البيان : ولا يصح الشغار ، وهو أن يقول رجل لآخر : زوجتك ابنتي أو أختي أو امرأة يلي عليها ، على أن تزوجني ابنتك أو أمك فيكون بضع كل واحدة منهما صداقا للأخرى ، وبه قال مالك وأحمد وإسحاق وقال الزهري والثوري وأبو حنيفة وأصحابه : يصح : ويجب مهر المثل اه

دليلنا ما سقناه من الأحاديث والاخبار المستفيضة ، ولأنه حصل في البضع تشريك فلم يصح العقد مع ذلك ، كما لو زوج ابنته من رجلين . وبيان التشريك

أنه جعل البضع ملكا للزوج وابنته ، لأنه إذا قال زوجتك ابنتى فقد ملك الزوج بضعها ، فإذا قال : على أن تزوجنى ابنتك ، فيكون بضع كل واحدة منهما مهراً للأخرى فقد شرك ابنة الزوج فى ملك بضع هذه الزوجة ، لأن الشيء اذا جعل صداقا اقتضى تمليكه لمن جعل صداقا لها ، فصار التشريك حاصلا فى البضعين فلم يصح . اذا ثبت هـذا فإنه إن قال زوجتك ابنتى على أن تزوجنى ابنتك واقتصر على هذا فالنكاح صحيح لأنه لم يحصل فى البضع تشريك ، وانما حصل الفساد فى الصداق ، وهو أنه جعل مهر ابنته أن يزوجه الآخر ابنته ففسد المهر المسمى ووجب مهر المثل . هـذا نقل البغداديين من أصحابنا

وقال المسعودى : هل يصح النكاح ؟ فيه وجهان (أحدهما) يصح لما ذكرناه (والثانى) لا يصح لأنهما لم يسميا صداقا صحيحا ، ولكن جعل عقد نكاح كل واحدة منهما صداقا للأخرى ، لأنه أخرج ذلك مخرج الصداق ، والأول هو المشهور .

وان قال : زوجتك ابنتى على أن تزوجنى ابنتك ويكون مهر كل واحدة منهما كذا وكذا ، فيصح النكاحان ويبطل المهران المسميان، ويجب لهمامهر المثل سواء اتفق المهران أو اختلفا ، لأنه لم يحصل فى البضعين تشريك ، وانما حصل الفساد فى المهر لانه شرط مع المهر تزويج ابنته فهو كما لو قال : زوجتك ابنتى بمائة على أن تبيعنى دارك ، فإن النكاح صحيح والمهر باطل

وان قال زوجتك ابنتى على أن تطلق زوجتك ويكون ذلك صداقا لإبنتى صح النكاح ولا يلزمه أن يطلق زوجته ويجب للزوجة مهر المثل ، لانه لم يسم لها صداقا صحيحا وان قال زوجتك ابنتى على أن تزوجنى ابنتك ويكون بضع ابنتك صداقا لابنتى صح النكاح الاول ولم يصح النكاح الثانى ، لانه ملكه بضع ابنته فى الابتداء من غير تشريك وشرط عليه شرطا فاسدا وهو التزويج فلم يؤثر فى عقد الاولى . والثانية هى التى حصل التشريك فى بضعها

وان قال زوجتك ابنتى على أن تزوجنى ابنتك ويكون بضع ابنتى مهراً لابنتك فالعقد على إبنة الخاطب باطل ، لان التشريك حصل فى بضعها ، والعقد على إبنة القائل صحيح لانه لم يحصل فى بضعها تشريك

وإن قال : زوجتك ابنتي على أن تزوجني ابنتك ويكون بضع كل واحدة مائة درهم صداقا للأخرى ففيه وجهان (أحدهما) أن النكاحين صحيحان ، ويجب لها مهر المثل ، لأن الشغار هو الخالي عن المهر ، وههنا لم يخل عن المهر (والثاني) وهو الصحيح ، أن النكاحين باطلان ، لأن التشريك في البضع موجود مع تسمية المهر والمفسد هو التشريك . وإن قال زوجتك ابنتي وهذا الحائط فهل يصح النكاح ؟ فيه وجهان حكاهما صاحب العدة

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) ولا يجوز نكاح المتعة وهو أن يقول : زوجتك ابنتي يوما أو شهرا لما روى محمد بن علي رضي الله عنهما « أنه سمع أباه علي بن أبي طالب كرم الله وجهه وقد لقي ابن عباس وبلغه أنه يرخص في متعة النساء ، فقال له علي كرم الله وجهه : إنك امرؤ تائه ، إن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عنها يوم خيبر وعن لحوم الحمر الإنسية » ولأنه عقد يجوز مطلقاً فلم يصح مؤقتاً كالبيع ولأنه نكاح لا يتعلق به الطلاق والظهار والإرث وعدة الوفاة فكان باطلا كسائر الأنكحة الباطلة .

(فصل) ولا يجوز نكاح المحلل وهو أن ينكحها على أنه إذا وطئها فلا نكاح بينهما وأن يتزوجها على أن يحللها للزوج الأول لما روى هزيل عن عبد الله قال « لعن رسول الله صلى الله عليه وسلم الواصلة والموصولة . والواشمة والموشومة والمحلل والمحلل له ، وآكل الربا ومطعمه » ولأنه نكاح شرط انقطاعه دون غايته ، فشابه نكاح المتعة .

وإن تزوجها على أنه إذا وطئها طلقها ففيه قولان (أحدهما) أنه باطل لما ذكرناه من العلة (والثاني) أنه يصح لأن النكاح مطلق ، وإنما شرط قطعه بالطلاق فبطل الشرط وصح العقد ، فإن تزوجها واعتقد أنه يطلقها إذا وطئها كره ذلك ، لما روى أبو مرزوق التجيبي « أن رجلا أتى عثمان رضي الله عنه فقال : إن جاري طلق امرأته في غضبه ولقي شدة فأردت أن أحتسب نفسي ومالي فأتزوجها ثم أبني

بها ثم أطلقها فترجع الى زوجها الأول ، فقال له عثمان رضى الله عنه : لا تنكحها إلا بنكاح رغبة ، فإن تزوج على هذه النية صح النكاح لأن العقد إنما يبطل بما شرط لا بما قصد ، ولهذا لو اشترى عبداً بشرط أن لا يبيعه بطل ، ولو اشتراه بنية أن لا يبيعه لم يبطل .

(فصل) وإن تزوج بشرط الخيار بطل العقد لأنه عقد يبطله التوقيت فبطل بالخيار الباطل كالبيع ، وان شرط أن لا يتسرى عليها أو لا ينقلها من بلدها بطل الشرط لأنه يخالف مقتضى العقد ولا يبطل العقد لأنه لا يمنع مقصود العقد وهو الاستمتاع ، فإن شرط أن لا يطأها ليلا بطل الشرط لقوله صلى الله عليه وسلم « المؤمنون على شروطهم الا شرطا أحل حراماً أو حرم حلالا » فإن كان الشرط من جهة المرأة بطل العقد ، وان كان من جهة الزوج لم يبطل ، لأن الزوج يملك الوطء ليلا ونهاراً وله أن يترك ، فإذا شرط أن لا يطأها فقد شرط ترك ماله تركه والمرأة يستحق عليها الوطء ليلا ونهاراً ، فإذا شرطت أن لا يطأها فقد شرطت منع الزوج من حقه ، وذلك ينافى مقصود العقد فبطل

(الشرح) حديث على كرم الله وجهه رواه عنه ولده محمد بن الحنفية وأخرجه أحمد والبخارى ومسلم بلفظ « أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن نكاح المتعة وعن لحوم الحمر الأهلية زمن خيبر » وفى رواية « ونهى عن متعة النساء يوم خيبر وعن لحوم الحمر الإنسيه »

وقد أخرج أحمد والبخارى ومسلم عن ابن مسعود رضى الله عنه قال « كنا نغزو مع رسول الله صلى الله عليه وسلم ليس معنا نساء ، فقلنا ألا نختصى ؟ فنهانا عن ذلك ثم رخص لنا بعدُ أن ننكح المرأة بالثوب الى أجل ، ثم قرأ عبد الله « يا أيها الذين آمنوا لا تحرموا طيبات ما أحل الله لكم » الآيه

وعن أبى جمرة سألت ابن عباس عن متعة النساء فرخص فقال له مولى له : انما ذلك فى الحال الشديد وفى النساء قلة ، فقال نعم »

وعن محمد بن كعب عن ابن عباس قال : انما كانت المتعه فى أول الإسلام كان الرجل يقدم البلدة ليس له بها معرفه ، فيتزوج المرأة بقدر ما يرى أنه يقيم

فتحفظ له متاعه وتصلح له شأنه حتى نزلت هـذه الآية «إلا على أزواجهم أو ما ملكت أيمانهم» قال ابن عباس: فكل فرج سواهما حرام، رواه الترمذى. وفى إسناده موسى بن عبيد الربذى، وهو ضعيف، وقد روى الرجوع عن ابن عباس جماعة منهم ابن خلف القاضى المعروف بوكيع فى كتابه الغرر بسنده المتصل بسعيد بن جبير قال: قلت لابن عباس: ما تقول فى المتعة، فقد أكثر فيها حتى قال فيها الشاعر. قال: وما قال: قال: قال:

قلت للشيخ لما طال محبسه　　ياصاح هل لك فى فتوى ابن عباس
وهل ترى رخصة الأطراف آنسة　　تكون مثواك حتى مصدر الناس

قال: وقد قال فيه الشاعر، قلت نعم، قال فكرهما أو نهى عنها. ورواه الخطابى عن سعيد قال: قد سارت بفتياك الركبان، وقالت فيها الشعراء، وذكر البيتين فقال سبحان الله، والله ما بهذا أفتيت وماهى إلا كالميتة لاتحل إلا اضطرار وروى الرجوع أيضا البيهقى وأبو عوانة فى صحيحه. وقال ابن حجر بعد أن ذكر رجوع ابن عباس. وذكر حديث سهل بن سعد عند الترمذى بلفظ «إنما رخص النبي صلى الله عليه وسلم فى المتعة لغربة كانت بالناس شديدة ثم نهى عنها بعد ذلك»

أما حديث هذيل عن عبد الله فقد أخرجه النسائى، أخبرنا عمرو بن منصور حدثنا أبو نعيم عن سفيان عن أبى قيس عن هزيل عن عبد الله بلفظ المصنف، وعبد الله هو ابن مسعود وفى إسناده أبو قيس وهو عبد الرحمن ثروان الاودى روى عن هذيل بن شرحبيل وغيره. قال عبد الله بن أحمد سألت أبى عنه فقال هو كذا وكذا — وحرك يده — وهو يخالف فى أحاديث. قال الحافظ الذهبى: خرج له البخارى حديثه عن هذيل قال: أخبر بن مسعود بقول أبى موسى فى ميراث ابنة وابنة ابن وأخت. وصحح الترمذى حديثه عن هذيل عن عبد الله فى لعن المحلل. وخرج له البخارى بالإسناد: إن أهل الجاهلية كانوا يسيبون.. الحديث

وأخرجه الترمذى بلفظ «لعن الله المحلل والمحلل له» ولم يذكر بقية الحديث من الواصلة إلى غير ما ذكرنا

وقال الترمذى بعد ذكر الحديث: هذا حديث حسن صحيح وأبو قيس الاودى

اسمه عبد الرحمن بن ثروان ، وقد روى هذا الحديث عن النبي صلى الله عليه وسلم من غير وجه ، والعمل على هذا الحديث عند أهل العلم من اصحاب النبي (ص) منهم عمر بن الخطاب وعثمان بن عفان وعبد الله بن عمر وغيرهم ، وهو قول الفقهاء من التابعين وبه يقول سفيان الثوري وابن المبارك والشافعي وأحمد واسحاق . قال وسمعت الجارود بن معاذ يذكر عن وكيع أنه قال بهذا . وقال ينبغي أن يرمى بهذا الباب من قول أصحاب الرأي . قال جارود : قال وكيع : وقال سفيان : اذا تزوج الرجل المرأة ليحللها ثم بدا له أن يمسكها فلا يحل له أن يمسكها حتى يتزوجها بنكاح جديد . اه

وقد أخرج الحديث أحمد في مسنده وأخرجه ابن ماجه والدارقطني كلها من طريق ابن مسعود ، وقد صححه ابن القطان وابن دقيق العيد على شرط البخاري وله طريق أخرى أخرجها عبد الرزاق . وروى عن عقبة بن عامر أن النبي (ص) قال « ألا أخبركم بالتيس المستعار . قالوا بلى يا رسول الله ، قال هو المحلل ، لعن الله المحلل والمحلل له » أخرجه ابن ماجه والحاكم وأعله أبو زرعة وأبو حاتم بالارسال . وحكى الترمذي عن البخاري أنه استنكره . وقال أبو حاتم: ذكرته ليحيي بن بكير فأنكره انكاراً شديداً ، وسياق اسناده في سنن ابن ماجه هكذا ، حدثنا يحيي بن عثمان بن صالح المصري حدثنا أبي سمعت الليث بن سعد يقول . قال لي مشرح بن عاهان قال عقبة بن عامر فذكره ، ويحيي بن عثمان ضعيف ومشرح قد وثقه ابن معين . وأخرج ابن ماجه عن ابن عباس مثله ؛ وفي اسناده زمعة بن صالح وهو ضعيف .

وعن أبي هريرة عند أحمد واسحاق والبيهقي والبزار وابن أبي حاتم في العلل والترمذي في العلل ، وحسنه البخاري ، والأحاديث المذكورة تدل على تحريم التحليل ، لأن اللعن انما يكون على ذنب عظيم

قال الحافظ بن حجر استدلوا بهذا الحديث على بطلان النكاح اذا شرط الزوج أنه اذا نكحها وبانت منه أو شرط أنه يطلقها أو نحو ذلك وحملوا الحديث على ذلك ، ولا شك أن اطلاقه يشمل هذه الصورة وغيرها ، لكن روى الحاكم

والطبراني في الأوسط عن عمر أنه جاء اليه رجل فسأله عن رجل طلق امرأته ثلاثاً فتزوجها أخ له عن غير مؤامرة ليحلها لأخيه ، هل تحل للأول . قال لا إلا بنكاح رغبة . كنا نعد هذا سفاحا على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم . قال : وقال ابن حزم : ليس الحديث على عمومه في كل محلل إذ لو كان كذلك لدخل فيه كل واهب وبائع ومزوج ، فصح أنه أراد به بعض المحللين ، وهو من أحل حراماً لغيره بلا حجة ، فتعين أن يكون ذلك فيمن شرط ذلك ، لأنهم لم يختلفوا في أن للزوج إذا لم ينو تحليلها للأول ونوت هي أنه لا يدخل في اللعن فدل على أن المعتبر الشرط اه

أما اللغات فقوله : المتعة ومادته من المتاع وهو كل ما ينتفع به ، وأصل المتاع ما يُتبلغ به من الزاد ، وهو اسم من متّعته إذا أعطيته ذلك ، ومتعة المطلقة ستأتي ومتعة الحج مضت ونكاح المتعة هو النكاح المؤقت في العقد . قال في العباب كان الرجل يشارط المرأة شرطاً على شيء إلى أجل معلوم ويعطيها ذلك فيستحل بذلك فرجها ثم يخلي سبيلها من غير تزويج ولا طلاق ، وقيل في قوله تعالى «فما استمتعتم به منهن فآتوهن أجورهن» المراد نكاح المتعة ، والآية محكمة والجمهور على تحريم نكاح المتعة .

وقالوا معنى قوله «فما استمتعتم» فما نكحتم على الشريطة التي في قوله تعالى «أن تبتغوا بأموالكم محصنين غير مسافحين» أي عاقدين النكاح ، واستمتعت بكذا وتمتعت به انتفعت . وقوله «الحمر الانسية» كل حيوان إنسي ما كان أيسر ، والوحشي من كل دابة الجانب الأيمن . قال الشاعر

فمالت على شقّ وحشيّها وقد ريع جانبها الأيسر

قال الأزهري ، قال أئمة اللغة ، الوحشي من جميع الحيوان غير الانسان الجانب الأيمن ، وهو الذي لا يركب منه الراكب ولا يحلب منه الحالب ، والانسي الجانب الأيسر وقد مضى له مزيد . وقوله «انك امرؤ تائه» من التيه بكسر التاء المفازة ، والتيهاء بالفتح والمد مثله . وهي التي لا علامة فيها يهتدى بها وتاه الانسان في المفازة يتيه تيهاً ضل عن الطريق ، وتاه يتوه توهاً لغة ، وقد تيهته وتوهته . ومنه يستعار لمن رام أمراً فلم يصادف الصواب ، فيقال انه تائه .

وقوله « الواصلة » وصلت المرأة شعرها بشعر غيره وصـلا فهى واصلة ، « واستوصلت » سألت أن يفعل بها ذلك ، واسم الفاعل هنا مقرونا باسم المفعول « الواصلة والموصولة » معناه التى تصل الشعر لغيرها ، والموصولة التى يفعل بها ذلك « والواشمة والموشـومة » وشمت المرأة يدها من باب وعد غرزتها بإبرة ثم ذرت عليها النؤر ؛ وهو النيلج وتسميه العامة بمصر النيلة ، وهو دخان الشحم ، حتى يخضر

أما الأحكام فلا يصح عنـدنا نكاح المتعة ، وهو أن يتزوج لمـدة معلومة أو مجهولة بأن يقول زوجنى ابنتك شهراً او أيام الموسم ، وبه قال جميـع الصحابة رضوان الله عليهم والتابعين والفقهـاء إلا ابن جريج فإنه قال يصح . وقد ورد ابن جريج خطا فى نيل الأوطار بابن جرير والصواب ما ذكرنا . وقال ابن المنذر جاء عن الأوائل الرخصة فيها ، ولا أعلم اليوم أحداً يجيزها إلا بعض الرافضة ، ولا معنى يخالف كتاب الله وسنة رسوله

(قلت) ودليل المجيزين ما ثبت من اباحته صلى الله عليه وسلم لها فى مواطن متعددة ، منها فى عمرة القضاء ، كما أخرجه عبد الرزاق عن الحسن البصرى وابن حبان عن سبرة ، ومنها فى خيبر كما فى حديث ابن مسعود ، ومنها عام الفتح كما فى حديث سبرة أيضا . ومنها يوم حنين رواه النسائى من حديث على . قال فى الفتح ولعله تصحيف عن خيبر ، وذكره الدارقطنى بلفظ حنين ، ووقع فى حديث سلمة فى عام أوطاس . قال السهيلى : وهو موافق لرواية من روى عام الفتح ، فإنهما كانا فى عام واحد ، ومنها فى تبوك رواه الحازمى والبيهقى عن جابر ولكنه لم يبحها لهم النبى صلى الله عليه وسلم قال « خرجنا مع رسول الله (ص) الى غزوة تبوك حتى اذا كنا عند الثنيه مما يلى الشام جاءتنا نسوة تمتعنا بهن يطفن برحالنا ، فسألنا رسول الله (ص) عنهن فأخبرناه ، فغضب وقام فينا خطيبا ، فحمد الله وأثنى عليه ونهى عن المتعه ، فتوادعنا يومئذ ولم نعد ؛ ولا نعود فيها أبداً ، فلهذا سميت ثنية الوداع » قال الذهبى وهذا اسناد ضعيف ، لكن عند ابن حبان من حديث أبى هريرة ما يشهد له .

قال ابن حجر . انه لا يصح من روايات الاذن بالمتعه شىء بغير علة الا فى

غزوة الفتح لأن الاذن فى عمرة القضاء من مراسيل الحسن وكل مراسيله ضعيفة وعلى تقدير ثبوته فلعله أراد أيام خيبر ، لأن القضاء وخيبر كانا فى سنة واحدة ، كالفتح وأوطاس ، ويبعد كل البعد أن يقع فى غزوة أوطاس بعد أن يقع التصريح فى أيام الفتح قبلها فإنها حرمت إلى يوم القيامة

(مسألة) وأما نكاح المحلل فإن الرجل إذا طلق امرأته ثلاثاً فإنها لا تحل له إلا بعد زوج وإصابة ، فإذا طلق امرأته وانقضت عدتها منه ثم تزوجت بآخر بعده ففيها ثلاث مسائل إحداهن أن يقول : زوجتك ابنتى الى أن تطأها أو الى أن تحللها للأول ، فإذا أحللتها فلا نكاح بينكما ، وهذا باطل بلا خلاف الأحاديث فى لعن المحلل والمحلل له ووصفه بالتيس المستعار ، ولأن هـذا أفسد من نكاح المتعة لأنه يعقده الى مدة مجهولة . الثانية أن يقول : زوجتك ابنتى على أنك ان وطئتها طلقتها . أو قال تزوجتك على أنى اذا أحللتك للأول طلقتك ، وكان هذا الشرط بنفس العقد ففيه قولان .

(أحدهما) أن النكاح باطل لقوله صلى الله عليه وسلم « لعن الله المحلل والمحلل له » ولم يفرق

(والثانى) أن النكاح صحيح ، والشرط باطل لأن العقد وقع مطلقاً من غير توقيت ، وأنه شرط على نفسه الطلاق ولم يؤثر فى النكاح ، وانما بطل المهر ، كما لو شرط أن لا يتزوج عليها أو لا يتسرى عليها .

(الثالثة) ان شرط عليه قبل النكاح أنه اذا أحلها الأول طلقها أو تزوجها أو نوى بنفسه ذلك فعقد النكاح عقداً مطلقاً فيكره له ذلك ، فإن عقد كان العقد صحيحاً ، وبه قال أبو حنيفة رضى الله عنه . وقال مالك والثورى والليث وأحمد والحسن والنخعى وقتادة رضى الله عنهم لا يصح

دليلنا ما روى الشـــافعى رضى الله عنه أن امرأة طلقها زوجها ثلاثاً وكان مسكين أعرابى يقعد بباب المسجد ، فجاءته امرأة فقالت : هل لك فى امرأة تنكحها وتبيت معها ليلة فإذا أصبحت فارقتها ؟ فقال نعم : قال فكان ذلك ، فلما تزوجها قالت له المرأة انك اذا أصبحت فسيقولون لك طلقها فلا تفعل ، فإنى لك كما ترى

واذهب الى عمر رضى الله عنه ، فلما أصبح أتوه وأتوها فقالت لهم : أنتم جئتم به فسألوه أن يطلقها فأبى ، وذهب الى عمر رضى الله عنه فأخبره ، فقال له : الزم زوجتك ، وإن رابوك بريب فأتنى ، وبعث الى المرأة الواسطة فنكل بها . وكان يغدو بعد ذلك ويروح على عمر رضى الله عنه فى حلة ، فقال له عمر رضى الله عنه الحمد لله ياذا الرقعتين الذى رزقك حلة تغدو بها وتروح ولم ينكر أحد على عمر ، فدل على أنه إجماع .

وقال أحمد : حديث ذى الرقعتين ليس له إسناد ، يعنى أن ابن سيرين لم يذكر إسناده الى عمر (قلت) ولعل ذا الرقعتين لم يقصد التحليل ولا نواه ، وقد وافق ذلك ما انتوته زوجته .

(فرع) عقد المصنف هذا الفصل وسيأتى فى باب الخيار فى النكاح والرد بالعيب مزيد ، وجملة ما ههنا أنه ان تزوج امرأة بشرط الخيار بطل العقد لأنه لا مدخل للخيار فيه فأبطله ، فإن شرط فى العقد أنه لا يطؤها ليلا بطل الشرط لقوله صلى الله عليه وسلم « والمؤمنون عند شروطهم إلا شرطا أحل حراما أو حرم حلالا » رواه أبو داود والحاكم عن أبى هريرة والحاكم عن أنس والطبرانى عن عائشة ورافع بن خديج وقد مضى فى البيوع ، فإن كان هذا الشرط من قبل الزوج لم يبطل العقد ، لأن ذلك حق له ، وإن كان الشرط من جهة المرأة بطل العقد لأن ذلك حق عليها والله تعالى أعلم

قال المصنف رحمه الله تعالى :

﴿ فصل ﴾ ويجوز التعريض بخطبة المعتدة عن الوفاة والطلاق الثلاث لقوله تعالى « ولا جناح عليكم فيما عرضتم به من خطبة النساء » ولما روت فاطمة بنت قيس « أن أبا حفص بن عمرو طلقها ثلاثا ، فأرسل اليها النبى (ص) لا تسبقينى بنفسك فزوجها بأسامة رضى الله عنه »

ويحرم التصريح بالخطبة ، لأنه لما أباح التعريض دل على أن التصريح محرم ، ولأن التصريح لا يحتمل غير النكاح ، فلا يؤمن أن يحملها الحرص على النكاح

فتخبر بانقضاء العـدة ، والتعريض يحتمل غير النكاح فلا يدعوها إلى الاخبار بانقضاء العدة ، وان خالعها زوجها فاعتدت لم يحرم على الزوج التصريح بخطبتها ، لأنه يجوز له نكاحها فهو معها كالأجنبي مع الأجنبية فى غير العدة ، ويحرم على غيره التصريح بخطبتها لأنها محرمة عليه : وهل يحرم التعريض ؛ فيه قولان

(أحدهما) يحرم لأن الزوج يملك أن يستبيحها فى العـدة ، فلم يجز لغيره التعريض بخطبتها كالرجعية .

(والثانى) لا يحرم لأنها معتـدة بائن ، فلم يحرم التعريض بخطبتها كالمطلقة ثلاثا ، والمتوفى عنها زوجها ، والمرأة فى الجواب كالرجل فى الخطبة فيما يحل وفيما يحرم ، لأن الخطبة للعقد فلا يجوز أن يختلفا فى تحليله وتحريمه ، والتصريح أن يقول إذا انقضت عدتك تزوجتك أو ما أشبهه ، والتعريض أن يقول رب راغب فيك . وقال الازهرى أنت جميله وأنت مرغوب فيك ، وقال مجاهد مات رجل وكانت امرأته تتبع الجنازة ، فقال لها رجل لا تسبقينا بنفسك ، فقالت قد سبقك غيرك . ويكره التعريض بالجماع لقوله تعالى « ولكن لا تواعدوهن سراً » وفسر الشافعى رحمه الله السر بالجماع ، فسماه سراً لأنه يفعل سراً ، وأنشد فيه قول امرىء القيس

ألا زعمت بسباسة اليوم أننى كبرت وأن لا يحسن السر أمثالى

ولأن ذكر الجماع دناءة وسخف

(الشرح) حديث زواج فاطمه بنت قيس بأسامة مضى فى الفصول الأولى من النكاح ، وقد رواه أحمد ومسلم وأصحاب السنن الخمسـة وبيت امرؤ القيس من قصيدة مطلعها

ألا عم صباحا أيها الطلل البالى وهل يعمن من كان فى العصر الخالى

حتى قال : ألا زعمت بسباسة اليوم انى كبرت وأن لا يحسن السر أمثالى

كذبت لقد أصبى على المرء عرسه وأمنـع عرسى أن يزن به الخالى

وفى بعض الروايات وأن لا يحسن اللهو أمثالى ، وهى فى الدواوين المطبوعة هكذا ، إلا أن رواية الشافعى أضبط وهو الاديب الشاعر الذواقة القريب عهده

بامرىء القيس. وبسباسة اسم امرأة ، وقد فضح امرؤ القيس نفسه بتسجيل اتهام بسباسة له بضعف الباه . وقد حدث أن طلق أم جندب لأنها انحازت لعلقمة فى مقارضة بينهما فى وصف الصيد فاتهمها بأنها له وامض . وقد قالت له إنى أكرهك فقال ولم ؟ قالت لأنك ثقيل صدرك خفيف عجزك ، سريع الإراقة بطىء الافاقة فلما طلقها تزوجت بعلقمة فدعى علقمة الفحل ، لأنه كان أقوى على جماعها منه ، وكان امرؤ القيس ملكا على كندة ثم سلب ملكه وفر الى الروم ومات قبل البعثة وإطلاق السر على الجماع كإطلاق الغيب على الفرج فى قوله تعالى « فالصالحات قانتات حافظات للغيب بما حفظ الله »

أما أحكام الفصل فقد روى البخارى عن ابن عباس « فيما عرضتم به من خطبة النساء . يقول إنى أريد التزويج ولوددت أنه يسر لى امرأة صالحه ، وعن سكينة بنت حنظله قالت « استأذن علىّ محمد بن على (وهو محمد الباقر بن على زين العابدين بن الحسين) ولم تنقض عدتى من مهلكة زوجى ، فقال قد عرفت قرابتى من رسول الله صلى الله عليه وسلم وقرابتى من على وموضعى من العرب ، (قلت) غفر الله لك يا أبا جعفر ، إنك رجل يؤخذ عنك ، وتخطبنى فى عدتى ؟ فقال إنما أخبرتك بقرابتى من رسول الله صلى الله عليه وسلم ومن علىّ . وقد دخل رسول الله (ص) على أم سلمة وهى متأيمة من أبى سلمة ، فقال لقد علمت أنى رسول الله وخيرته من خلقه وموضعى من قومى ، كانت تلك خطبته ، رواه الدارقطنى من طريق عبد الرحمن بن سليمان بن الغسيل وسكينه عمته ، وهو منقطع فى خبر أم سلمة، لأن محمداً لم يدرك النبى صلى الله عليه وسلم، فمن التعريض أن النبى صلى الله عليه وسلم قال لفاطمه بنت قيس لا تفوتينا بنفسك

قال الزمخشرى فى الكشاف : التعريض أن يذكر المتكلم شيئا يدل به على شىء لم يذكره . واعترض على الزمخشرى بأن هذا التعريف لا يخرج المجاز ، وأجيب بأنه لم يقصد التعريف . ثم حقق التعريض بأنه ذكر شىء مقصود بلفظ حقيقى أو مجازى أو كنائى ليدل به على شىء آخر لم يذكر فى الكلام ، مثل أن يذكر المجىء للتسليم ، ومراده التقاضى . فالسلام مقصود والتقاضى عرض ، أى أميل اليه الكلام عن عرض ، أى جانب . وامتاز عن الكناية فلم يشتمل على جميع

أقسامها ، والحاصل أنهما يجتمعان ويفترقان ، فمثل : جئت لأسلم عليك كناية وتعريض . ومثل طويل النجاد : كناية لا تعريض ، ومثل آذيتني فستعرف . خطابا لغير المؤذى تعريض بتهديد المؤذى لا كناية والتعريض كالتلويح والتلميح والتورية

قال الشافعي رضى الله عنه فى الاية ، ولا جناح عليكم فيما عرضتم به من خطبة النساء ، الايه . قال وبلوغ الكتاب أجله — والله أعلم — انقضاء العدة قال : فبين فى كتاب الله تعالى أن الله فرق فى الحكم بين خلقه وبين أسباب الأمور وعقد الأمور وبين إذ فرق الله تعالى ذكره بينهما ان ليس لأحد الجمع بينهما وأن لا يفسد أمر بفساد السبب إذا كان عقد الامر صحيحا ولا بالنية فى الامر ، ولا تفسد الامور إلا بفساد إن كان فى عقدها لا بغيره . ألا ترى أن الله حرم أن يعقد النكاح حتى تنقضى العدة ولم يحرم التعريض بالخطبة فى العدة ، ولا أن يذكرها وينوى نكاحها بالخطبة لها والذكر لها والنية فى نكاحها — الى أن قال — قول الله تبارك وتعالى ، ولكن لا تواعدوهن سرا ، يعنى والله تعالى أعلم جماعا ، إلا أن تقولوا قولا معروفا ، قولا حسنا لا فحش فيه . إلى أن قال : والتعريض الذى أباح الله ما عدا التصريح من قول . وذلك أن يقول : رب متطلع اليك وراغب فيك وحريص عليك ، وإنك لبحيث تحبين ، وما عليك أيمة ، وإنى عليك لحريص وفيك راغب ، وما كان فى هذا المعنى مما خالف التصريح ، والتصريح أن يقول تزوجينى إذا حللت ، أو أنا أتزوجك إذا حللت ، وما أشبه ذلك مما جاوز به التعريض ، وكان بيانا أنه خطبة لا أنه يحتمل غير الخطبة . اه

وقال المسعودى هل يجوز التعريض بخطبة البائن بالثلاث . فيه قولان . والمشهور هو الاول لحديث فاطمة بنت قيس ، ويحرم التصريح بخطبتها لأن الله تعالى لما أباح التعريض بالخطبة دل على أنه لا يجوز التصريح بها ، ولأن التعريض يحتمل النكاح وغيره ، والتصريح لا يحتمل غير النكاح فلا يؤمن أن يحملها الحرص على النكاح أن تخبر بانقضاء عدتها قبل انقضائها . وأما البائن التى تحل لزوجها وهى التى طلقها زوجها طلقة أو طلقتين بعوض أو فسخ أحدهما النكاح بعيب فيجوز لزوجها التعريض بخطبتها والتصريح لأنها تحل له بعقد النكاح . وأما غير زوجها فلا يحل له التصريح بخطبتها كالبائن بالثلاث . وهل يجوز التعريض بخطبتها ، فيه قولان

(أحدهما) يجوز له التعريض بخطبتها لأنها معتدة بائن عن زوجها، فهى كالبائن بالوفاة أو بالثلاث.

(والثانى) لا يجوز له لأنها تحل لزوجها فى حال العدة فهى كالرجعية. قال الشافعى رضى الله عنه: وكل معتدة حل للزوج التعريض بخطبتها حل لها التعريض بإجابته، وكل من لا يحل له التعريض بخطبتها والتصريح لم يحل لها إجابته بتعريض ولا بتصريح، لأنه لا يحل له ما يحرم عليها ولا يحل لها ما يحرم عليه فتساويا. إذا ثبت هذا فالتصريح ما لا يحتمل غير النكاح، مثل أن يقول: أنا أريد أن أتزوجك، أو إذا انقضت عدتك تزوجتك، والتعريض بكل كلام احتمل النكاح وغيره كأن يقول: إن الله ليسوق اليك خيراً أو رزقا كان ذلك تعريضا. هذا مذهبنا. وقال داود: لا تحل الخطبة سراً وإنما تحل علانية لقوله تعالى «ولكن لا تواعدوهن سراً» فهذا ليس بصحيح لأن الله تعالى لم يرد بالسر ضد الجهر، وإنما أراد أن لا يعرض للمعتدة بالجماع ولا يصرح به مثل أن يقول: عندى جماع يصلح لمن جومعه، ولا يكره للرجل التعريض لزوجته بالجماع ولا التصريح به لأنه لا يكره له جماعها فلأن لا يكره له ذكره أولى، والاية وردت فى المعتدات، فإن عرض بخطبة امرأة — لا يحل له التعريض بخطبتها — أو صرح بخطبتها ثم انقضت عدتها وتزوجها صح نكاحها

وقال مالك: يبينها بطلقة واحدة. دليلنا أن النكاح حادث بعد المعصية فلا تؤثر المعصية فيه، كما لو قال لا أتزوجها إلا بعد أن أراها متجردة، فتجردت له ثم نكحها. أو قالت لا أرضى نكاحه حتى يتجرد لى أو حتى يجامعنى، فتجرد لها أو جامعها ثم تزوجها

قال المصنف رحمه الله تعالى:

﴿فصل﴾ ومن خطب امرأة فصرح له بالإجابة حرم على غيره خطبتها إلا أن يأذن فيه الاول، لما روى ابن عمر رضى الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى أن يخطب الرجل على خطبة أخيه، حتى يترك الخاطب الاول أو يأذن له فيخطب، وان لم يصرح له بالاجابة ولم يعرض له لم يحرم على غيره، لما روى

أن فاطمة بنت قيس قالت لرسول الله صلى الله عليه وسلم « إن معاوية وأبا الجهم خطباني فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم أما أبو الجهم فلا يضع العصا عن عاتقه وأما معاوية فصعلوك لا مال له فانكحي أسامة »

وان عرض له بالاجابة ففيه قولان ، قال في القديم تحرم خطبتها لحديث ابن عمر رضي الله عنه ، ولأن فيه إفساداً لما تقارب بينهما . وقال في الجديد لا تحرم لأنه لم يصرح له بالاجابه فأشبه اذا سكت عنه ، فإن خطب على خطبة أخيه في الموضع الذي لا يجوز فتزوجها صح النكاح ، لأن المحرم سبق العقد فلم يفسد به العقد . وبالله التوفيق

(الشرح) حديث ابن عمر رواه أحمد والبخاري والنسائي . وقد روى أحمد ومسلم عن عقبة بن عامر أن النبي صلى الله عليه وسلم قال « المؤمن أخو المؤمن فلا يحل للمؤمن أن يبتاع على بيع أخيه ولا يخطب على خطبة أخيه حتى يذر » وأخرج البخاري والنسائي عن أبي هريرة عن النبي صلى الله عليه وسلم « لا يخطب أحدكم على خطبة أخيه حتى ينكح أو يترك »

وفي لفظ للبخاري من حديث ابن عمر « نهى أن يبيع بعضكم على بيع بعض أو يخطب » وفي لفظ لأحمد من حديث الحسن عن سمرة « أن رسول الله (ص) نهى أن يخطب الرجل على خطبة أخيه » وقد استدل الجمهور على تحريم الخطبه على الخطبه بهذه الأحاديث الناهية وجزموا بالتحريم

وحكى النووي أن النهي فيه للتحريم بالاجماع . وقال الخطابي ان النهي ههنا للتأديب وليس بنهي تحريم يبطل العقد عند أكثر الفقهاء . قال الحافظ ولا ملازمه بين كونه للتحريم وبين البطلان عند الجمهور ، بل هو عندهم للتحريم ولا يبطل العقد . ولكنهم اختلفوا في شروطه ، فقالت الشافعية والحنابلة محل التحريم اذا صرحت المخطوبه بالاجابه أو وليها الذي أذنت له . وأما ما احتج به من حديث فاطمة بنت قيس الذي مضى تخريجه في الكفاءة أن معاويه وأبا الجهم خطباها فلم ينكر النبي صلى الله عليه وسلم ذلك عليهما ، بل خطبها لأسامه فليس

فيه حجة كما قال النووى لاحتمال أن يكونا خطباها معاً أو لم يعلم الثانى بخطبة الاول والنبى صلى الله عليه وسلم أشار بأسامة ولم يخطب ؛ وعلى تقدير أن ذلك كان خطبة فلعله كان بعد ظهور رغبتها عنها ، وظاهر حديث فاطمة أن أسامة خطبها مع معاوية وأبى الجهم فهى عند أحمد ومسلم وأصحاب السنن الخمسة : أبى داود والترمذى وابن ماجه والنسائى والدارقطنى ، قالت : وقال لى رسول الله (ص) إذا حللت فآذنينى فآذنته فخطبها معاوية وأبو الجهم وأسامة بن زيد . الحديث ، وعن بعض المالكية لا تمتنع الخطبة إلا بعد التراضى على الصداق . ولا دليل على ذلك . وقال داود : إذا تزوجها الثانى فسخ النكاح قبل الدخول وبعده . والمالكية فى ذلك قولان ، فقال بعضهم يفسخ قبله لا بعده . قال فى الفتح : وحجة الجمهور أن المنهى عنه الخطبة وهى ليست شرطاً فى صحة النكاح فلا يفسخ النكاح بوقوعها غير صحيحة .

قال فى الأم : وإن قالت امرأة لوليها زوجنى من شئت أو ممن ترى ، حل لكل أحد خطبتها لحديث فاطمة بنت قيس قالت : طلقنى زوجى أبو حفص بالشام ثلاثا فأتيت النبى صلى الله عليه وسلم فأخبرته بذلك فأمرنى أن أعتد فى بيت أم مكتوم وقال : إذا حللت فآذنينى ، فلما انقضت عدتى أتيته فأخبرته وقالت له إن معاويه وأبا جهم ، فقال النبى صلى الله عليه وسلم أما معاوية فصعلوك لا مال له ؛ وأما أبو جهم فلا يضع العصا عن عاتقه ، ولكن أدلك على من هو خير لك منهما ، قلت ومن يا رسول الله ؟ قال أسامة بن زيد ، قلت أسامة . قال نعم أسامة . الخ الحديث

قال الشافعى رضى الله عنه ، ولم تكن فاطمة رضى الله عنها أذنت فى نكاحها من معاوية ولا من أبى الجهم ؛ وإنما كانت تستشير النبى صلى الله عليه وسلم ، ومعلوم أن الرجلين إذا خطبا امرأة خطبها أحدهما بعد الآخر فلم ينكر النبى (ص) على الأخير منهما ثم خطبها النبى صلى الله عليه وسلم لثالث بعدهما فدل على جوازه وإن خطب رجل امرأة إلى وليها وكان ممن يخيرها فعرض له بالاجابة ، ولم يصرح مثل أن يقول أنا أستشير فى ذلك ، أو أنت مرغوب فيك ، أو يشترط بشرائط العقد مثل تقديم المهر وغيره ، فهل يحرم على غيره خطبتها ، فيه قولان .

قال فى القديم يحرم على غيره خطبتها ، وبه قال مالك وأبو حنيفه لقوله صلى الله عليه وسلم « لا يخطب الرجل على خطبة أخيه » ولم يفصل . ولأن فيه إفساداً لما يقارب بينهما .

وقال فى الجديد لا يحرم على غيره خطبتها ، وهو الصحيح ، لأن النبى (ص) خطب فاطمه بنت قيس لأسامه بعد أن أخبرته أن معاويه وأبا الجهم خطباها ولم يسألها هل ركنت إلى أحدهما أو رضيت به أم لا ، فدل على أن الحكم لا يختلف بذلك ، لأن الظاهر من حالها أنها ما جاءت تستشيره إلا وقد رضيت بذلك وركنت اليه .

قال الصيمرى فإن خطب رجل خمس نسوة جملة واحدة فأذنّ فى نكاحه لم يحل لأحد خطبة واحدة منهن حتى يترك أو يعقد على أربع ، فيحل خطبة الخامسه ، وان خطب كل واحده وحدها فأذنت كل واحدة فى نكاحه لم يجز لغيره خطبة الاربع الاولات ، ويحل خطبة الخامسه لغيره

إذا ثبت هذا ، فإن خطب رجل امرأة فى الحالة التى قلنا لا يحل له خطبتها فيه وتزوجها صح ذلك . وقال داود لا يصح ، وحكاه ابن الصباغ عن مالك رضى الله عنه . دليلنا أن المحرم انما يفسد العقد إذا قارنه ، فأما اذا تقدم عليه لم يفسده ، كما لو قالت امرأة لا أتزوج فلاناً حتى أراه مجرداً فتجرد ثم تزوج بها .

إذا تقرر هذا فذكر أصحابنا فى حديث فاطمه بنت قيس رضى الله عنها فوائد (وقد مر نصـــه) وقد اختلفت الروايات فيه . فروى ان زوجها طلقها بالشام فجاءها وكيله بشعير فسخطت به ، فقال لها « مالك علينا شىء » فأتت النبى (ص) تستفتيه فقال لها « لا نفقة لك الا أن تكونى حاملا » فإحدى فوائد الخبر انه دل على جواز الطلاق

(الثانيه) انه يدل على جواز الطلاق الثلاث (الثالثه) ان طلاق الغائب يقع (الرابعه) انه يجوز للمرأة ان تستفتى لأن النبى صلى الله عليه وسلم لم ينكر عليها (الخامسه) أن كلامها ليس بعورة (السادسه) انه يجوز للمعتدة أن تخرج من منزلها لحاجة (السابعه) انه لا نفقة للمبتوته الحائل خلافا لأبى حنيفه

(الثامن) ان للحامل المبتوته النفقه (التاسعه) يدل على جواز نقل المعتدة

عن بيت زوجها ، واختلف لأى معنى نقلها النبي صلى الله عليه وسلم ، فقال ابن المسيب كانت بذيئة أو كانت تستطيل على أحمائها . وقالت عائشة أم المؤمنين عليها السلام : كان بيت زوجها وحشاً تخيف عليها فيه ، وأى الروايتين صح مع الخبر دليل على جواز النقل لأجله (العاشرة) يدل على جواز التعريض بالخطبة المعتدة (الاحدى عشرة) أنه يجوز للرجل أن يعرض المعتدة بالخطبة لغيره لأن النبي صلى الله عليه وسلم عرض لها فى الخطبة لأسامة بن زيد رضى الله عنهما لا لنفسه (الاثنتا عشرة) انه يجوز للمرأة أن تستشير الرجال لأنها جاءت تستشير النبي صلى الله عليه وسلم

(الثالثة عشرة) يدل على جواز وصف الانسان بما فيه ، وإن كان يكره ذلك للحاجة ، لأن النبي صلى الله عليه وسلم وصف معاويه رضى الله عنه وأبا جهم رضى الله عنه بما فيهما وإن كانا يكرها ذلك

(الرابعة عشر) انه يجوز أن يعبر بالأغلب عن الشيء ويذكر العموم والمراد به الخصوص لأن النبي صلى الله عليه وسلم قال : أما معاوية فصعلوك لا مال له ؛ ومعلوم انه لا يخلو أن يملك شيئاً من المال وإن قل كثيابه وما أشبهها وإنما أراد أنه لا يملك ما يتعارفه الناس مالا ، وكذلك قوله صلى الله عليه وسلم فى أبى جهم لأنه لا يضع عصاه عن عاتقه ، وإن كان لا يخلو أن يضعها فى بعض أوقاته ، والصعلوك الفقير . قال الشاعر

غنينا زمانا بالتصعلك والغنى ‌ ‌ ‌ وكلا سقاناه بكأسيهما الدهر

وأما قوله صلى الله عليه وسلم لا يضع العصا عن عاتقه ففيه تأويلان . أحدهما انه كثير الاسفار . قال الشاعر

فألقت عصاها واستقرت بها النوى ‌ ‌ ‌ كما قر عيناً بالاياب المسافر

فعلى هذا يكون فيه دليل على جواز السفر بغير إذن زوجته (الثانى) أنه أراد أنه كان كثير الضرب لزوجته ؛ ولهذا قال صلى الله عليه وسلم : لا ترفع عصاك على أهلك ، أى فى التأديب فى الكلام أو الضرب ، فعلى هذا التأويل يدل على جواز ضرب الزوج لزوجته لأن النبي صلى الله عليه وسلم لم يخرجه مخرج التنكير

وقال بعضهم : يدل على أنه كثير الجماع . وكذلك قوله صلى الله عليه وسلم لا ترفع عصاك عن أهلك . أراد به الكناية عن الجماع . فيكون فى هذه الدلالة دلالة على جواز الكناية بالجماع ، وهذا غلط فى التأويل ، لأنه ليس من الكلام ما يدل على أنه أراد هـذا .

قال الصيمرى : ولو قيل انه أراد بقوله صلى الله عليه وسلم هذا كثرة الجماع أى أنه كثير التزويج لكان أشبه (الثامنة عشرة) يدل على جواز خطبة الرجل ، لأن النبى صلى الله عليه وسلم خطبها لأسامة (التاسعة عشرة) أنه يجوز للرجل أن يخطب امرأة قد خطبها غيره اذا لم يتقدم اجابة الأول

(العشرون) أنه يجوز للمستشار أن يشير على المستشير بما لم يسأله عنه لأنها لم تستشر فى أسامة رضى الله عنه (الاحدى والعشرون) انه لا يجب على المستشير المصير الى ما أشار به المشير لأن النبى صلى الله عليه لم يقل لها يجب عليك المصير الى ما أشرت به ، وانما أعاد ذلك عليها على سبيل المشورة

(الثالثة والعشرون) أن الخير لا يختص بالنسب ، لأن النبى (ص) قال أدلك على من هو خير منهما ، ونسبهما خير من نسبه (الرابعة والعشرون) أن الكفاءة ليست بشرط فى النكاح ، لأنها قرشية وأسامه مولى

(الخامسه والعشرون) أنه يجوز أن يخطب المرأة الى نفسها ، وان كان لها ولى . والله تعالى أعلم بالصواب

قال المصنف رحمه الله تعالى :

باب الخيار فى النكاح والرد بالعيب

إذا وجد الرجل امرأته مجنونه أو مجذومه أو برصاء أو رتقاء — وهى التى انسد فرجها — او قرناء وهى التى فى فرجها لحم يمنع الجماع ، ثبت له الخيار . وان وجدت المرأة زوجها مجنونا او مجذوماً او ابرص او مجبوباً او عنينا . ثبت لها الخيار ، لما روى زيد بن كعب بن عجرة قال ، تزوج رسول الله (ص) امرأة من بنى غفار فرأى بكشحها بياضاً فقال لها النبى (ص) البسى ثيابك والحقى بأهلك ،

فثبت الرد بالبرص بالخبر . وثبت فى سائر ما ذكرناه بالقياس على البرص ، لأنها فى معناه فى منع الاستمتاع .

وإن وجد أحدهما الآخر وله فرج الرجال وفرج النساء ففيه قولان :

(أحدهما) يثبت له الخيار ، لأن النفس تعاف عن مباشرته فهو كالأبرص

(والثانى) لا خيار له ، لأنه يمكنه الاستمتاع به .

وإن وجدت المرأة زوجها خصياً ففيه قولان

(أحدهما) لها الخيار ، لأن النفس تعافه (والثانى) لا خيار لها لأنها تقدر على الاستمتاع به ، وإن وجد أحدهما بالآخر عيبا وبه مثله ، بأن وجده أبرص وهو أبرص ففيه وجهان

(أحدهما) له الخيار ، لأن النفس تعاف من عيب غيرها وإن كان بها مثله (والثانى) لاخيار له لأنهما متساويان فى النقص فلم يثبت لهما الخيار ، كما لو تزوج عبد بأمة . وإن حدث بعد العقد عيب يثبت به الخيار ، فإن كان بالزوج ، ثبت لها الخيار ، لأن ما ثبت به الخيار إذا كان موجوداً حال العقد ثبت به الخيار اذا حدث بعد العقد كالإعسار بالمهر والنفقة . وإن كان بالزوجه ففيه قولان

(أحدهما) يثبت به الخيار ، وهو قوله فى الجديد ، وهو الصحيح ، لأن ماثبت به الخيار فى ابتداء العقد ثبت به الخيار إذا حدث بعده كالعيب فى الزوج (والثانى) وهو قوله فى القديم أنه لا خيار له ، لأنه يملك أن يطلقها

(الشرح) خبر زيد بن كعب بن عجرة رواه أحمد هكذا : حدثنا القاسم المزنى قال أخبرنى جميل بن زيد قال : صحبت شيخاً من الانصار ذكر أنه كانت له صحبة يقال له كعب بن زيد أو زيد بن كعب ، فحدثنى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم تزوج امرأة من غفار فلما دخل عليها وضع ثوبه وقعد على الفراش أبصر بكشحها بياضا . فانحاز عن الفراش ثم قال : خذى عليك ثيابك ولم يأخذ مما آتاها شيئا »

وهذا يدور سنده على رجلين هما موضع نظر ، أولهما جميل بن زيد وثانيهما زيد بن كعب أو كعب بن زيد ، ونتكلم عن الثانى لشرف الصحبة فنقول :

رواية أحمد كما عرفت زيد بن كعب ولم نعرف من الصحابة سوى زيد بن كعب البهزي ثم السلمي صاحب الظبي الحاقف وكان صائده ، وقد سقناه في اللقطة ، ومن قبل ساقه النووي في الصيد ، وليس هو الذي حدث جميلا ، وإن كان كعب ابن زيد فليس عندنامصدر يعرفنا به سوى جميل بن زيد . ولذلك جاء التعريف به في الاستيعاب هكذا : كعب بن زيد ويقال زيد بن كعب . روى قصة الغفارية التي وجد رسول الله صلى الله عليه وسلم البياض بكشحها . روى عنه جميل بن زيد وفي الخبر اضطراب . اه

ويأتي الحاكم فيروي عن جميل هـذا فيقول عن جميل بن زيد الطائي عن زيد ابن كعب بن عجرة عن أبيه ، فيكون الصحابي هنا كعب بن عجرة الأنصاري وهو من مشاهير الصحابة فلا يناسبه ما في رواية أحمد صحبت شيخا ذكر أنه كانت له صحبة يقال له الخ .

ويأتي اسماعيل بن زكريا فيقول : حدثنا جميل بن زيد ، حدثنا ابن عمر قال تزوج النبي (ص) امرأة وخلى سبيلها . الحديث

فهو تارة يرويه عن زيد بن كعب أو كعب بن زيد شيخ ذكر أن له صحبة ، وتاوة يرويه عن زيد بن كعب بن عجرة الانصاري عن أبيه ، وتارة يرويه عن ابن عمر مع أن ابن حبان يقول روى عن ابن عمر ولم ير ابن عمر . وقال ابن معين جميل بن زيد ليس بثقة . وقال البخاري لم يصح حديثه . وروى أبو بكر بن عياش عن جميل قال « هذه أحاديث ابن عمر ، ما سمعت من ابن عمر شيئا ، انما قالوا لى اكتب أحاديث بن عمر فقدمت المدينه فكتبتها

وقال أبو القاسم البغوي في معجمه الاضطراب في حديث الغفاريه منه ، يعني تارة عن ابن عمر وتارة عن هذا وتارة عن ذاك . قال وقد روى أحاديث عن ابن عمر يقول فيها « سألت ابن عمر ، مع أنه لم يسمع من ابن عمر شيئا » وقال أبو حاتم والبغوي «ضعيف الحديث» وقال النسائي «ليس بثقة» وقد قال العلامة السفاريني في كتابه نفثات صدر المكمد وقوة عين الارمد لشرح ثلاثيات مسند الإمام أحمد قال ابن حبان « جميل بن زيد دخل المدينه بعد موت ابن عمر رضى الله عنهما .

لجمع أحاديثه ثم رجع إلى البصرة فرواها ، ورواه سعيد بن منصور فى سننه عن زيد بن كعب بن عجرة ولم يشك ، وكذا قال الإمام ابن القيم فى الهدى : زيد بن كعب بن عجرة . اه

والحاصل أن الحديث لم يثبت من طريق آخر فآفته فى جميع الكتب جميل ابن زيد . ولذلك لا نستطيع أن نجزم بواقعة زواج النبى صلى الله عليه وسلم من الغفارية . أما أحكام الرد بالعيب فى النكاح فإنها ثبتت بالقواعد الكلية فى العقود والمعاوضات وغير ذلك على ما سيأتى ، ولكن ابن حجر يصحح رواية الشافعى من طريق مالك وابن أبى شيبة عن أبى إدريس عن يحيى قال : ورجاله ثقات

أما اللغات فقوله « أبصر بكشحها » أى خصرها أو بطنها ، والكشح ما بين الخاصرة إلى الضلع الخلف . وفى حديث سعد : إن أميركم هذا لأهضم الكشحين أى دقيق الخصرين

وقوله « بياضا » يحتمل أن يكون بهقا ويحتمل أن يكون برصا ، وهو الأصح وإن كان كل منهما تكرهه النفس . قوله « امرأة من غفار » قيل اسمها الغالية ، وقيل أسماء بنت النعمان ، قاله الحاكم ، يعنى الجونية . وقال الحافظ بن حجر . الحق أنها غيرها .

أما الأحكام فإنه إذا وجد أحد الزوجين عيبا بالآخر ثبت له الخيار فى فسخ النكاح ، والعيوب التى يثبت لأجلها الخيار فى النكاح خمسة ، ثلاثة يشترك فيها الزوجان ، وينفرد كل واحد منهما باثنين ، فأما الثلاثة التى يشتركان فيها ، فالجنون والجذام والبرص ، وينفرد الرجل بالجب والعنة وتنفرد المرأة بالرتق والقرن ، فالرتق أن يكون فرج المرأة مسدوداً يمنع من دخول الذكر ، والقرن قيل هو عظم يكون فى فرج المرأة يمنع من الوطء . والمحققون يقولون هو لحم ينبت فى الفرج يمنع من دخول الذكر ، مثل أن يتورم الرحم وتنشأ عليه أورام سرطانيه تسد مدخل فرجها ، وإنما يصيب المرأة ذلك فى بعض حالات الولادة ؛ هذه العيوب يثبت بها الخيار . هذا مذهبنا وبه قال عمر رضى الله عنه وابن عباس رضى الله عنهما ومالك وأحمد وإسحاق

وقال على كرم الله وجهه وابن مسعود رضى الله عنه لا ينفسخ النكاح بالعيب

واليه صار النخعي والثوري وأبو حنيفة ، إلا أنه قال إذا وجدت المرأة زوجها مجبوبا أو عنينا كان لها الخيار ، فإن اختارت فرق بينهما الحاكم بتطليقها . دليلنا الخبر المذكور وما قاله عمر رضى الله عنه فيما روى يحي بن سعيد الأنصاري عن سعيد بن المسيب عنه رضى الله عنه : أيما امرأة زوجت وبها جنون أو جذام أو برص فدخل بها ، ثم اطلع على ذلك فلها مهرها بمسيسه إياها ، وعلى الولى الصداق بما دلس كما غره . وكذا روى الشعبي عن على رضى الله عنه « أيما امرأة نكحت وبها برص أو جنون أو جذام أو قرن ، فزوجها بالخيار ما لم يمسها ، إن شاء أمسك والا طلق . وان مسها فلها المهر بما استحل من فرجها . ولأن المجنون منهما يخاف منه على الآخر وعلى الولد ، والجب والعنة والرتق والقرن يتعذر معها مقصود الوطء والجذام والبرص تعاف النفوس من مباشرته

قال الشافعى رضى الله عنه « ويخاف منهما العدوى للآخر والى النسل »

فإن قيل فقد قال النبي صلى الله عليه وسلم لا عدوى ولا هامة ولا صفر . وقال صلى الله عليه وسلم « لا يعدى شيء شيئا » فقال أعرابي يا رسول الله ان النقر قد تكون بمشفر البعير أو بذنبه فى الابل العظيمه فتجرب كلها ، فقال النبي (ص) فما أجرب الأول .

قال أصحابنا وقد وردت أيضا أخبار بالعدوى . فنها قوله صلى الله عليه وسلم لا يوردن ذو عاهة على مصح وروى أن النبي صلى الله عليه وسلم قال لا تديموا النظر الى المجذومين ، فمن كلمه منكم فليكن بينهم وبينه قدر رمح

وروى أن رجلا جاء الى النبي صلى الله عليه وسلم ليبايعه فأخرج يده فإذا هى جذماء ، فقال له النبي صلى الله عليه وسلم ضم يدك قد بايعتك . وكان من عادته صلى الله عليه وسلم المصافحة فامتنع من مصافحته لأجل الجذام ، وقال صلى الله عليه وسلم « فر من المجذوم فرارك من الأسد »

قال العمرانى فى البيان وانما نفى النبي صلى الله عليه وسلم العدوى الذى يعتقده الملاحدة ، وهو أنهم يعتقدون أن الأدواء تعدى بأنفسها وطباعها . وليس هذا بشيء وانما العدوى الذى نريده أن يقول إن الداء جرت العادة أن يخلق الداء عند ملاقاة الجسم الذى فيه الداء . كما أنه أجرى العادة أن يخلق الأبيض بين

الأبيضين والاسود بين الأسودين ، وإن كان فى قدرته أن يخلق الأبيض من الأسودين لا أن هـذه الادواء تعدي بنفسها ،

وأما قوله صلى الله عليه وسلم « لا هامة ولا صفر » فإن أهل الجاهلية كانوا يقولون : إذا قتل الإنسان ولم يؤخذ بثاره خرج من رأسه طائر يصرخ ويقول اسقونى دم قاتلى . هكذا حكاه ابن الصباغ . وأما الصفر فان أهل الجاهلية كانوا يقولون فى الجوف دابة تسمى الصفر إذا تحركت جاع الانسان وهى أعداء من الجرب عندالعرب ، وقيل هو تأخير حرمة المحرم إلى صفر ، فأبطل النبى صلى الله عليه وسلم كل ذلك .

وقد بسط الشافعى رضى الله عنه فى أحكام العيب فقال : ولو تزوج الرجل امرأة على أنها جميلة شابة موسرة تامة بكر فوجدها عجوزاً قبيحة معـدمة قطعاء ثيباً أو عمياء أو بها ضر ما كان الضر غير الأربع التى سمينا فيها الخيـار — يعنى الجذماء والبرصاء والرتقاء والمجنونة — فلا خيار له ، وقد ظلم من شرط هـذا نفسه . إلى أن قال : وليس النكاح كالبيع فلا خيار فى النكاح من عيب يخص المرأة فى بدنها ولا خيار فى النكاح عندنا إلا من أربع . أن يكون حلق فرجها عظما لا يوصل الى جماعها بحال ، وهذا مانع للجماع الذى له عامة ما نكحها ، فان كانت رتقاء فكان يقدر على جماعها بحال فلا خيار له ، أو عالجت نفسها حتى تصير إلى أن يوصل اليها فلا خيـار للزوج ، وإن لم تعالج نفسها فله الخيار إذا لم يصل الى الجماع بحال . وإن سألها أن يشقه هو بحـديدة أو ما شابهها ويجبرها على ذلك ، لم أجعل له أن يفعل وجعلت له الخيار . وإن فعلته هى فوصل إلى جماعها قبل أن أخيره لم أجعل له خياراً ، ولـكن لو كان القرن مانعا للجماع كان كالرتق أو تكون جذماء أو برصاء أو مجنونة ، ولا خيار فى الجذام حتى يكون بينا ، فأما الزعر فى الحاجب أو علامات ترى أنها تكون جـذماء ولا تكون فلا خيار فيه بينهما . وقال الجنون ضربان ، فضرب خنق وله الخيار بقليله وكثيره ، وضرب غلبة على عقله من غير حادث مرض فله الخيار فى الحالين معا . وهذا أكثر من الذى يخنق ويفيق . اه

وذهب بعض الحنابلة إلى ما ذهب اليه أصحابنا ، إلا أنهم جعلوا خيار العيوب

على التراخى ، لا يسقط الا أن يوجد منه دلالة على الرضى من قول أو وطىء أو تمكين مع العلم بالعيب أو يأتى بصريح الرضا . فان ادعى الجهل بالخيار ومثله يجهله فالأظهر ثبوت الفسخ ، هكذا أفاده ابن تيمية . وقال فى شرح الثلاثيات العلامة السفارينى الحنبلى : لا بد لصحة فسخ النكاح بأحد العيوب المذكورة من حكم حاكم خلافا لشيخ الاسلام ابن تيميه

وقال داود الظاهرى وابن حزم ومن وافقهما : لا يفسخ النكاح بعيب البتة ، قال السفارينى ، وقال الإمام ابن القيم من علمائنا ، يسوغ الفسخ بكل عيب ترد به الجارية فى البيع من العمى والخرس والطرش وكونها مقطوعة اليدين أو الرجلين أو أحدهما أو كون الرجل كذلك ، لأن هذه الامور من أعظم المنفرات والسكوت عنه من أقبح التدليس والغش وهو مناف للدين ، والاطلاق ينصرف إلى السلامة فهو كالمشروط عرفا . قال والقياس أن كل عيب ينفر أحد الزوجين منه ولا يحصل به مقصود النكاح من المودة والرحمة يوجب الخيار ، وهو أولى من البيع ، كما أن الشروط المشروطة فى النكاح أولى بالوفاء من شروط البيع اه

(فرع) إن وجد كل واحد من الزوجين بصاحبه عيبا — فان كان العيبان من جنسين بأن كان أحدهما أجذم والاخر أبرص ثبت لكل واحد منهما الخيار لأن نفس الانسان تعاف من داء غيره . وإن كانا من جنس واحد بأن كان كل واحد منهما أجذم أو أبرص ففيه وجهان

(أحدهما) لا يثبت لواحد منهما الخيار لأنهما متساويان فى النقص فهو كما لو تزوج عبد امرأة فكانت أمة

(والثانى) يثبت لكل واحد منهما الخيار لأن نفس الانسان تعاف من عيب غيره وان كان به مثله . وان أصاب الرجل امرأته قرناء أو رتقاء وأصابته عنينا أو مجبوبا ففيه وجهان . أحدهما يثبت لكل واحد منهما الخيار لوجود النقص الذى يثبت لأجله الخيار . والثانى لا خيار لواحد منهما ، لأن الرتق والقرن يمنع الاستمتاع والمجبوب والعنين لا يمكنه الاستمتاع فلم يثبت الخيار .

هذا الكلام فى العيوب الموجودة حال العقد التى لم يعلم بها الاخر . فأما اذا حدث شىء من هذه العيوب بأحد الزوجين بعد العقد نظرت ، فان كان ذلك

بالزوج ويتصور فيه حدوث العيوب كلها إلا العنة فانه لا يتصور أن يكون غير عنين قبله ثم يكون عنيناً بعده ، فإذا حدث فيه أحد العيوب الاربعه ثبت للزوجة الخيار ، لأن كل عيب ثبت لأجله الخيار إذا كان موجوداً حال العقد ثبت لأجله الخيار إذا حدث بعد العقد كالاعسار بالنفقة والمهر . وإن كان ذلك حادثاً فى الزوجة فإنه يتصور بها جميع العيوب الخمسة ، فإذا حدث منها شىء فهل يثبت للزوج فسخ النكاح ؟ فيه قولان

قال فى القديم : لا يثبت له الفسخ . وبه قال مالك رضى الله عنه لأنها لم تدلس عليه ، ولأنه يمكن التخلص من ذلك بالطلاق

وقال فى الجديد : يثبت له الخيار فى الفسخ ، وهو الصحيح ، وقد استدل أصحابنا لصحة هذا بخبر زواج النبى صلى الله عليه وسلم بالغفاريه وردها لما وجد فى كشحها بياضا . ولأن كل عيب يثبت لأجله الفسخ إذا كان موجوداً حال العقد يثبت لأجله الفسخ إذا حدث كالعيب بالزوج ، والقول الأول يمكنه أن يطلق يبطل بالعيب الموجود حال العقد فإنه يمكنه أن يطلق ومع هذا فثبت له الفسخ ؛

(فرع) قال فى الاملاء : إذا علم بالعيب حال العقد فلا خيار له لأنه عيب رضى به فلم يكن له الفسخ لأجله ، كما لو اشترى شيئاً معيبا مع العلم بعيبه . فإن أصاب أحد الزوجين بالآخر عيبا فرضى به سقط حقه من الفسخ لأجله ، فإن وجد عيبا غيره بعد ذلك ثبت له الفسخ لأجله لأنه لم يرض به ، وإن زاد العيب الذى رآه ورضى به نظرت، فإن حدث فى موضع آخر بأن رأى البرص والجذام فى موضع من البدن فرضى به ، ثم حدث البرص فى موضع آخر من البدن كان له الخيار فى الفسخ ، لأن هذا غير الذى رضى به ؛ وإن اتسع ذلك الموضع الذى رضى به لم يثبت له الخيار لأجله ، لأن رضاه به رضاه بما تولد منه

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) والخيار فى هذه العيوب على الفور ، لأنه خيار ثبت بالعيب فكان على الفور ، كخيار العيب فى البيع . ولا يجوز الفسخ إلا عند الحاكم لأنه مختلف فيه .

(فصــل)

وإن فسخ قبل الدخول سقط المهر ، لأنه إن كانت المرأة فسخت كانت الفرقة من جهتها فسقط مهرها ، وإن كان الرجل هو الذى فسخ إلا أنه فسخ لمعنى من جهة المرأة وهو التدليس بالعيب فصار كأنها اختارت الفسخ ، وإن كان الفسخ بعد الدخول سقط المسمى ووجب مهر المثل ، لأنه يستند الفسخ الى سبب قبل العقد فيصير الوطء كالحاصل فى نكاح فاسد فوجب مهر المثل ، وهل يرجع به على من غره ؟ فيه قولان .

قال فى القديم : يرجع لأنه غره حتى دخل فى العقد .

وقال فى الجديد : لا يرجع لأنه حصل له فى مقابلته الوطء ، فإن قلنا يرجع فإن كان الرجوع على الولى رجع بجميعه ، وان كان على المرأة ففيه وجهان

(أحدهما) يرجع بجميعه كالولى (والثانى) يبقى منه شيئا حتى لا يعرى الوطء عن بدل . وإن طلقها قبل الدخول ثم علم أنه كان بها عيب لم يرجع بالنصف ، لأنه رضى بإزالة الملك والتزام نصف المهر فلم يرجع به

(فصــل) ولا يجوز لولى المرأة الحرة ولا لسيد الأمة ولا لولى الطفل تزويج المولى عليه ممن به هذه العيوب ، لأن فى ذلك إضراراً بالمولى عليه ، فإن خالف وزوج فعلى ما ذكرناه فيمن زوج المرأة من غير كفء ، وان دعت المرأة الولى أن يزوجها بمجنون لم يلزمه تزويجها لأن عليه فى ذلك عاراً ، وان دعت الى نكاح مجبوب أو عنين ، لم يكن له أن يمتنع ، لأنه لا ضرر عليه فى ذلك ، وان دعت الى نكاح مجذوم أو أبرص ففيه وجهان

(أحدهما) له أن يمتنع لأن عليه فى ذلك عاراً (والثانى) ليس له أن يمتنع لأن الضرر عليها دونه .

(فصــل) وإن حدث العيب بالزوج ورضيت به المرأة لم يجبرها الولى على الفسخ ، لأن حق الولى فى ابتداء العقد دون الاستدامه ، ولهذا لو دعت المرأة الى نكاح عبد كان للولى أن يمتنع . ولو أعتقت تحت عبد فاختارت المقام معه لم يكن للولى اجبارها على الفسخ

(الشرح) كل موضع قلنا لأحد الزوجين أن يفسخ النكاح بالعيب فإن ذلك الخيار يثبت له على الفور لا على التراخى لأنه خيار عيب لا يحتاج إلى نظر وتأمل فكان على الفور ، كما لو اشترى عينا فوجد بها عيباً ، فقولنا خيار عيب احتراز من خيار الأب فى رجوعه بهبته لابنه ومن خيار الولى فى القصاص والعفو . وقولنا « لا يحتاج إلى نظر وتأمل » احتراز من المعتقة تحت عبد إذا قلنا يثبت لها الخيار على التراخى ولسنا نريد الفسخ يكون على الفور بل نريد المطالبة وهو أن أحد الزوجين إذا علم بالآخر عيبا فإنه يرفع ذلك إلى الحاكم ، فيستدعى الحاكم الاخر ويسأله ، فإن اقر به أو كان ظاهراً انفسخ النكاح بينهما ، وان أنكر وكان خفياً فعلى المدعى البينة ، فإذا أقام البينة فسخ النكاح بينهما

وقال أصحاب أحمد : إن خيار العيب ثابت على التراخى لا يسقط ما لم يوجد منه ما يدل على الرضى به من القول والاستمتاع من الزوج أو التمكين من المرأة أفاده الخرقى فى ظاهر كلامه ، وذكر القاضى من الحنابلة أنه على الفور ، كما أن ظاهر مذهب الحنابلة أن الفسخ يحتاج الى الحاكم لأنه مجتهد فيه ، وذهب السفارينى من الحنابلة الى أن الفسخ لا يحتاج الى الحاكم كالرد بالعيب فى البيع . ويرى ابن تيمية فسخه بالحاكم كما فى الفتاوى له

وقد رأيت فى البيان للعمرانى من الشافعية (مخطوطة دار الكتب العربية) بهامش الجزء السابع ما يأتى : وفيه وجه أنه ينفرد كل واحد من الزوجين بالفسخ من غير مرافعة الحاكم ، كفسخ البيع بالعيب ينفرد به كل واحد من المتبايعين اه

وقال قاضيخان من أصحاب أبى حنيفة : اذا كان الزوج عنينا والمرأة رتقاء لم يكن لها حق الفرقة لوجود المانع من جهتها . كذا فى حاشية جابى

وفى ملتقى الأبحر أنه لو أقر أنه عنين يؤجله الحاكم سنة قمريه ولا يحتسب منها مدة مرضه ومرضها ، ويحتسب منها رمضان وأيام حيضها . اه

قال الشيخ أبو حامد : ولا يجوز لأحد الزوجين أن يتولى الفسخ بنفسه بحال . وقال ابن الصباغ : اذا رفعت الأمر الى الحاكم فالحاكم أولى به ، وهو بالخيار ان شاء فسخ بنفسه وان شاء أمرها بالفسخ . وقال القفال : اذا رفعت الامر الى الحاكم وأثبتت العيب عنده خيرت بين أن تفسخ بنفسها وبين أن يفسخ الحاكم بمسألتها

(مسألة) واذا وجد أحد الزوجين بالآخر عيباً ففسخ النكاح نظرت ، فإن كان الفسخ قبل الدخول سقط جميع المهر لان المرأة ان كانت هي التي فسخت بالفرقة جاءت من جهتها ، وان كان الزوج الذي فسخ فهو بمعنى من جهتها وهو تدليسها بالعيب ، فصار كما لو فسخت بنفسها ، وان كان الفسخ بعد الدخول - فإن كان الفسخ لعيب كان موجوداً حال العقد فالمشهور من المذهب أنه يلزم الزوج مهر المثل سواء كان العيب بالزوج أو بالزوجة ؛ لأن الفسخ مستند الى العيب الموجود حال العقد فصار كما لو كان النكاح فاسداً .

وحكى المسعودي قولا آخر مخرجا أنه يجب المسمى ، لان الفسخ رفع العقد في حالة لا من أصله وليس بشيء ، وان كان الفسخ بعيب حدث بعد العقد بالزوج أو بالزوجة على القول الجديد فيه ثلاثة أوجه .

(أحدها) يجب لها المسمى ؛ لانه قد وجب المسمى بالعقد فلا يتغير بما يحدث بعده بالعيب (والثاني) لها مهر المثل ، وان حدث بعد الوطء وجب لها المسمى لأنه اذا حدث قبل الوطء فقد حدث قبل استقرار المسمى ، فإذا فسخ العقد ارتفع من أصله فصار كما لو وطئها بشبهة ، واذا حدث العيب بعد الوطء فقد حدث بعد استقرار المسمى بالدخول فلا يتغير بما طرأ بعده .

(فرع) فإن تزوج رجل امرأة وبها عيب فلم تعلم به حتى وطئها ثم علم به فسخ النكاح ، وقد قلنا : انه يجب لها مهر المثل ، وهل للزوج أن يرجع به على الولي ، فيه قولان ، قال في القديم : يرجع عليه ، وبه قال مالك رضي الله عنه لما روى أن عمر رضي الله عنه قال « أيما رجل تزوج بامرأة وبها جنون أوجذام أو برص فمسها فلها الصداق وازوجها غرم على وليها » ولان الولي هو الذي أتلف على الزوج المهر لانه أدخله في العقد حتى لزمه مهر المثل فوجب أن يلزمه الضمان كالشهود اذا شهدوا عليه بقتل أو غيره ثم رجعوا . وقال في الجديد : لا يرجع عليه ؛ وبه قال على كرم الله وجهه ، وهو قول أبي حنيفه وهو الاصح لانه ضمن ما استوفى بدله وهو الوطء فلا يرجع به على غيره كما لو كان المبيع معيباً فأتلفه ، فإذا قلنا بهذا فلا تفريع عليه ، واذا قلنا بالاول فإن كان الولي ممن يجوز له

النظر إلى وليته كالأب والجد والعم رجع الزوج عليه سواء علم الولى بالعيب أو لم يعلم ، لأنه فرط بترك الاستعلام بالعيب ، ولأن الظاهر أنه يعلم ذلك ، وإن كان الولى ممن لا يجوز له النظر اليها كان العم والحاكم - فإن علم الولى بعيبها - رجع عليه الزوج ، وإن لم يعلم الولى بالعيب لم يرجع عليه الزوج ، ويرجع الزوج على المرأة لأنها هى التى عرفت ، فإن ادعى الزوج على الولى أنه علم بالعيب فأنكر - فإن أقام الزوج بينة على إقرار الولى بالعيب رجع عليه ؛ وإن لم يقم عليه بينة حلف الولى أنه لم يعلم بالعيب ، ورجع الزوج على الزوجة ، وإن كان لها جماعة أولياء فى درجة واحدة ممن لهم النظر اليها ، رجع الزوج عليهم إذا علموا فإن كان بعضهم عالماً بالعيب ، وبعضهم جاهلا ففيه وجهان ، حكاهما الطبرى فى العدة . أحدهما : يرجع على العالم لأنه هو الذى غره . والثانى : يرجع على الجميع لان ضمان الاحوال لا يختلف بالخطأ والعمد ، هكذا نقل البغداديون .

وقال المسعودى : إذا كان الولى غير محرم لها فهل يرجع عليه الزوج ؟ فيه قولان ، وكل موضع قلنا : يرجع الزوج على الولى ، فانه يرجع عليه بجميع مهر المثل ، وكل موضع قلنا : يرجع الزوج على الزوجة ، فبكم يرجع عليها ؟ فيه قولان ، ومنهم من قال : هما وجهان .

(أحدهما) لا يرجع عليها بجميع مهر المثل ، وإنما يبقى قدراً إذ يمكن أن يكون صادقا لئلا يعرى الوطء عن بدل .

(والثانى) يرجع عليها بالجميع ، لأنه قد حصل لها بدل الوطء وهو المهر ، وإنما رجع اليه بسبب آخر فهو كما لو وهبته منه ، والاول أصح . وحكى المسعودى أن القولين فى الولى . والمشهور أنه يرجع عليه بالجميع قولا واحداً

(فرع) قال فى الام : إذا تزوج امراة ثم طلقها قبل الدخول ، وعلم بعد ذلك أنه كان بها عيب يثبت به خيار الفسخ لزمه نصف المهر لأنه رضى بازالة الملك والتزام نصف الصداق بالطلاق فلم يرجع اليه .

(فرع) وإن دعت المرأة وليها أن يزوجها الى مجنون كان له الامتناع من ذلك لان عليه عار أن تكون وليته تحت مجنون ، لانه لا يشهد ولا يحضر الجمعة

والجماعة ، وأن دعا الولى وليته الى تزويجها بمجنون أو خصى فلها أن تمتنع لأن عليها ضررا به وعارا يلحقها .

وإن دعت المرأة وليها إلى أن زوجها بمجذوم أو أبرص فهل له أن يمتنع ؟ فيه وجهان ، أحدهما : ليس له أن يمتنع لأن الخيار إنما يثبت لها فى النكاح لان النفس تعاف من مباشرتهم ، وذلك نقص عليها دون الولى فهو كالمجبوب والخصى والثانى : له أن يمتنع لان على الولى عارا فى ذلك ؛ وربما أعداها أو أعدى ولدها فيلحق العار بأهل نسبها وإن دعاها الولى إلى تزويجها بمجذوم أو أبرص كان لها أن تمتنع لان عليها فى ذلك عاراً ونقصا ، وإن تزوجت إمرأة برجل سليم لا عيب فيه ثم حدث فيه عيب يثبت لأجله الخيار ، فإن فسخت النكاح لم يعترض عليها وليها بذلك ، فإن اختارت المقام معه على ذلك جاز ولا اعتراض للولى عليها بذلك لان حق الولى إنما هو فى ابتداء العقد دون استدامته ، ولهذا لو دعت الحرة وليها إلى تزويجها بعبد لم يلزمه اجابتها ؛ ولو اعتقت تحت عبد واختارت المقام معه لم يجبر على الفسخ والله أعلم .

قال المصنف رحمه الله :

(فصل) اذا ادعت المرأة على الزوج أنه عنين وأنكر الزوج ، فالقول قوله مع يمينه ، فان نكل ردت اليمين على المرأة ، وقال أبو سعيد الإصطخرى : يقضى عليه بنكوله . ولا تحلف المرأة ، لانه أمر لا تعلمه ، والمذهب الاول ، لانه حق نكل فيه المدعى عليه عن اليمين فردت على المدعى كسائر الحقوق ، وقوله : انها لا تعلمه يبطل باليمين فى كناية الطلاق وكناية القذف ، فاذا حلفت المرأة أو اعترف الزوج أجله الحاكم سنة ، لما روى سعيد بن المسيب « أن عمر رضى الله عنه قضى فى العنين أن يؤجل سنه » ،

وعن على عليه السلام وعبد الله والمغيرة بن شعبة رضى الله عنهم نحوه ، ولأن العجز عن الوطء قد يكون بالتعنين ، وقد يكون لعارض من حرارة أو برودة أو رطوبة أو يبوسة ، فاذا مضت عليه الفصول الاربعة ، واختلفت عليه

الأهوية ولم يزل ، دل على أنه خلقة ، ولا تثبت المدة إلا بالحاكم ، لأنه يختلف فيها بخلاف مدة الايلاء ، فان جامعها فى الفرج سقطت المدة ، وأدناه أن يغيب الحشفة فى الفرج ، لأن أحكام الوطء تتعلق به ولا تتعلق بما دونه ، فان كان بعض الذكر مقطوعا لم يخرج من التعنين إلا بتغييب جميع ما بقى .

ومن أصحابنا من قال : إذا غيب من الباقى بقدر الحشفة خرج من حكم التعنين لأن الباقى قائم مقام الذكر ، والمذهب الأول ، لأنه إذا كان الذكر سليما فهناك حد يمكن اعتباره وهو الحشفة ، واذا كان مقطوعا فليس هناك حد يمكن اعتباره فاعتبر الجميع ، وان وطئها فى الدبر لم يخرج من حكم التعنين لانه ليس بمحل للوطء ولهذا لا يحصل به الاحلال للزوج الأول ، وان وطىء فى الفرج وهى حائض سقطت المدة لانه محل للوطء ، وان ادعى أنه وطئها فان كانت ثيباً فالقول قوله مع يمينه ، لانه لا يمكن اثباته بالبينة . وان كانت بكراً فالقول قولها لان الظاهر أنه لم يطأها ، فان قال الزوج : وطئت ولكن عادت البكارة حلفت لجواز أن يكون قد ذهبت البكارة ثم عادت .

﴿ فصل ﴾ وان اختارت المقام معه قبل انقضاء الاجل ففيه وجهان . أحدهما يسقط خيارها لانها رضيت بالعيب مع العلم . والثانى : لا يسقط خيارها ، لانه اسقاط حق قبل ثبوته فلم يصح ، كالعفو عن الشفعة قبل البيع ، وان اختارت المقام بعد انقضاء الأجل سقط حقها لانه اسقاط حق بعد ثبوته ، وان أرادت بعد ذلك أن ترجع وتطالب بالفسخ لم يكن لها ، لأنه خيار ثبت بعيب وقد أسقطته فلم يجز أن ترجع فيه . فان لم يجامعها حتى انقضى الاجل وطالبت بالفرقة فرق الحاكم بينهما ، لانه مختلف فيه ، وتكون الفرقة فسخاً لانه فرقة لا تقف على ايقاع الزوج ولا من ينوب عنه : فكانت فسخا كفرقة الرضاع ، وان تزوج امرأة ووطئها ثم عن منها لم تضرب المدة ، لان القدرة يقين فلا تترك بالاجتهاد

(الشرح) خبر عمر رضى الله عنه رواه الدارقطنى باسناده عن عمر ورواه عن ابن مسعود والمغيرة بن شعبة ولا مخالف لهم ، ورواه أبو حفص عن على كرم الله وجهه ، أما العنين فهو الرجل العاجز عن الجماع ، وربما يشتهى الجماع

ولا يناله ، واشتقاقه من عنّ الشيء إذا اعترض من أحد الجانبين والعنه بفتح العين وضمها الاعتراض بالفضول ، وعنّ عن الشيء من باب ضرب اذا أعرض عنه وانصرف ، وعنان الفرس جمعه أعنة وقد مضى بعض هذه المادة فى الشركة حيث شركة العنان ، وهو هنا من عنّ ذكره اذا اعترض عن يمين الفرج وشماله فلا يقصده ، وقيل مشتق من عنان الدابة أى أنه يشبهه فى اللين . اذا ثبت هذا فالعنة فى الرجل عيب يثبت الخيار لزوجته فى فسخ النكاح لأجلها على مانبينه ، وبه قال عامة أهل العلم .

وقال الحكم بن عيينة وداود وأهل الظاهر ليست بعيب .

دليلنا قوله تعالى « الطلاق مرتان ؛ فامساك بمعروف أو تسريح باحسان » فخير الله الأزواج بين أن يمسكوا النساء بمعروف أو يسرحوهن باحسان ، والامساك بمعروف لا يكون بغير وطء ؛ لانه هو المقصود بالنكاح ، فاذا تعذر عليه الامساك بمعروف من هذا الوجه تعين عليه التسريح باحسان ، لان من خير بين شيئين اذا تعذر عليه أحدهما تعين عليه الاخر ، وقد أجمع الصحابة رضى الله عنهم على تأجيل العنين سنة ، فان جامعها والا فرق بينهما روينا ذلك عمن ذكرنا من الصحابة ولا مخالف لهم ، ولان الله تعالى أوجب على المؤلى أن يفئ أو يطلق لمايلحقها بامتناعه من الوطء ، والضرر الذى يلحق امرأة العنين أعظم من امرأة المؤلى لان المؤلى ربما وطئها ، فاذا ثبت الفسخ لامرأة المؤلى ، فلأن يثبت لامرأة العنين أولى .

اذا ثبت هذا : فان المرأة اذا جاءت الى الحاكم وادعت على زوجها أنه عنين أو أنه عاجز عن وطئها استدعاه الحاكم وسأله ، فان أقر أنه عنين أو أنه عاجز عن وطئها ثبت أنه عنين ، وان أنكر وقال : لست بعنين — فان كان مع المرأة بينة على اقراره تقول : انه عنين وأقامتها ثبت أنه عنين ، وان لم يكن معها بينة فالقول قوله مع يمينه أنه ليس بعنين ، فاذا حلف سقطت دعواها ، واذا ثبت أنه قادر على وطئها فهل يجبره الحاكم على وطئها ليتقرر مهرها ؟ فيه وجهان حكاهما المسعودى . وان نكل عن اليمين حلفت أنه عنين ، ولا يقضى عليه بنكوله من غير يمين ،

وحكى الشيخ أبو اسحاق عن أبي سعيد الإصطخري أنه يقضى عليه بنكوله من غير أن تحلف ، لأنه أمر لا تعلمه وليس بشيء ، لأنه حق نكل فيه المدعى عليه عن اليمين فحلف المدعى كسائر الحقوق . وقوله : أمر لا تعلمه يبطل بكنايات الطلاق والقذف ، فإذا ثبت أنه عنين باقراره أو بيمينها بعد نكوله فإن الحاكم يؤجله سنة سواء كان الزوج حراً أو عبداً .

وحكى عن مالك أنه قال : يؤجـل العبد نصف سنة . دليلنا ما رويناه عن الصحابة عمر وعثمان وابن مسعود والمغيرة وعلى ، وبه قال سعيد بن المسيب وعطاء وعمرو بن دينار والنخعي وقتادة وحماد بن أبي سليمان ، وعليه فتوى فقهاء الامصار منهم أبو حنيفة وأصحابه والثوري والاوزاعي والشافعي واسحاق وأبو عبيد ولم يفرق هؤلاء بين العبد والحر . ولأن العجز عن الوطء قد يكون من أصل الخلقة ، وقد يكون لعارض ، فاذا مضت عليه سنة اختلفت الاهوية (جمع هواء) فان كان ذلك قد أصابه من الحرارة انحل فى الشتاء ، وان أصابه من الرطوبة انحل فى الصيف وشدة الحر ؛ وان كان طبعه يميل الى هواء معتدل أمكنه ذلك فى الفصلين الآخرين ، فان مضت عليه سنة ولم يقدر على الوطء علم أن عجزه من أصل الخلقة ، ولان بعضهم قال : الداء لا يستكن فى البدن أكثر من سنه ثم يظهر ولا يضرب المدة له الا الحاكم ، لان عمر رضى الله عنه أجل العنين سنه ولان من الناس من قال : يؤجل .

ومنهم من قال : لا يؤجل ، وكل حكم مختلف فيه فلا يثبت الا بالحاكم كالفسخ بالعيوب والإعسار بالنفقه ، ولا يضرب الحاكم له المدة الا من حين ترافعا اليه بعد ثبوت العنه ، فأما اذا أقر الزوج بالعنه وأقاما على ذلك زماناً فلا يحكم عليه بالتأجيل لان عمر رضى الله عنه أجل العنين سنه والظاهر أنه انما ضرب له المدة من حين ترافعا اليه .

(فرع) فاذا ضرب للعنين المدة ثم جامع امرأته قبل انقضاء السنه أو بعدها وقبل الفسخ سقط حقها من الفسخ ، لانه قد ثبتت قدرته على الوطء ، وان كان ذكره سليماً خرج من العنه بتغييب الحشفه (والحشفه مافوق الختان) فى فرجها ولا يخرج بما دون ذلك ، ولا يلزمه أكثر من ذلك لان احكام الوطء من وجوب

الغسل والحد والعدة واستقرار المهر يتعلق بذلك : وإن كان بعض ذكره مقطوعا وبقى منه ما يمكنه به الجماع ، فإن غيب جميعه فى فرجها خرج من العنة ، وإن غيب منه أقل من الحشفة لم يخرج من العنة بذلك لأنه لو كان ذكره سليما فغيب منه هذا القدر خرج من العنة ، وكذلك لم يخرج من العنة بذلك ، وكذلك إذا كان بعضه مقطوعا ، والثانى — وهو ظاهر النص — أنه لا يخرج من العنة إلا بتغييب جميع ما بقى من الذكر فى الفرج ، ولأنه إذا كان سليما فهنالك حد يمكن اعتباره وهو الحشفة ، فإذا كان بعضه مقطوعا فليس هناك حد يمكن اعتباره ، فاعتبر كله ، وعندى أن الغسل وسائر أحكام الوطء على هذين الوجهين . وإن وطئها فى الموضع المكروه لم يخرج من العنة ، لأنه ليس محل الوطء فى الشرع ولهذا لا يحصل به الإحلال للزوج الاول ، وإن أصابها بالفرج وهى حائض أو نفساء أو صائمة عن فرض أو محرمه خرج من العنة ، لانه محل للوطء فى الشرع وإنما حرم الوطء لعارض .

(فرع) وان ادعى الزوج أنه وطئها فأنكرت — فان كانت ثيباً — فالقول قول الزوج مع يمينه ، لانه لا يمكن اثباته بالبينه ، وان كانت بكراً عرضت على أربع من القوابل ، فان قلن : ان بكارتها قد زالت فالقول قول الزوج مع يمينه ، لان الظاهر أن البكارة لا تزول الا بالوطء ، وان قلن : ان البكارة باقيه ، فان قال الزوج : انى قد أصبتها وهى ثيب لم يلتفت الى قوله ؛ لأن ذلك طعن على البينه ، فثبت عجزه ، وان قال : صدقت كنت قد أصبتها وزالت بكارتها ثم عادت فالقول قول الزوجه ، لان الظاهر أن البكارة لا تعود .

قال الشافعى رضى الله عنه : وتحلف المرأة على ذلك ، لأن ما يدعيه الزوج ممكن لانه قد قال أهل الخبرة : ان الرجل اذا وطىء البكر ولم يبالغ ، فان البكارة ربما زالت ثم عادت ، فحلفت عليه ، هذا مذهبنا .

وقال الاوزاعى : يترك الزوج معها ، ويكون هناك امرأتان جالستين خلف ستر قريب منهما ، فاذا قام الرجل عن جماعها بادرتا فنظرتا الى فرجها ، فان رأتا فيه الماء علمتا أنه أصابها ، وان لم تريا فيه الماء علمتا أنه لم يصبها .

وقال مالك : يفعل ذلك ولكن يقتصر على إمرأة واحدة ، وحكى أن إمرأة ادعت على زوجها العنة ، فكتب سمرة بن جندب رضى الله عنه بذلك إلى معاوية رضى الله عنه فكتب اليه أن يزوج الرجل إمرأة ذات حسن وجمال يذكر عنها الصلاح ويساق اليها صداقها من بيت المال لتختبر حاله ، فإن أصابها فقد كذبت — يعنى زوجته المدعية — وإن لم يصبها فقد صدقت ففعل ذلك ثم سألها عنه فقالت : ما عندى شيء ، فقال سمرة رضى الله عنه ما دنا ولا انتشر عليه ؟ فقالت بلى دنا وانتشر عليه ، ولكن جاءه سره — أى أنزل قبل أن يولج — هذه رواية الشيخ أبي حامد وسائر أصحابنا .

وأما أبو عبيد فذكر أن معاوية رضى الله عنه كتب اليه أن اشتر له جارية من بيت المال وأدخلها معه ليلة ، ثم اسألها عنه ، ففعل سمرة رضى الله عنه فلما أصبح قال . ما صنعت ؟ فقال فعلت حتى حصحص فيه ، فسأل الجارية فقالت لم يصنع شيئا فقال . خل سبيلها ما محصحص ، والحصحصة الحركة فى الشيء حتى يستقر ، وما ذكره الأوزاعى ومالك غير صحيح ، لأن العنين قد ينزل من غير ايلاج وقد يولج من غير إنزال ، وما ذكره معاوية غير صحيح ، لأن الرجل قد يعن عن إمرأة ولا يعن عن غيرها .

(مسألة) واذا انقضت السنة ولم يقدر على وطئها كانت بالخيار بين الاقامة والفسخ ، فإن اختارت الاقامة سقط حقها من الفسخ لأنها أسقطت ما ثبت لها من الفسخ ، فإن أرادت بعد ذلك أن ترجع فتطالب بالفسخ لم يكن لها ذلك لأنه عيب رضيت به ، فهو كالو وجدته مجذوما أو أبرص فرضيت به ثم أرادت أن تفسخ بعد ذلك — فإن اختارت الفسخ — لم يصح الا بالحاكم لأنه مجتهد فيه . قال ابن الصباغ ويفسخ الحاكم النكاح ، ويجعله اليها فتفسخ .

قال الشيخ أبو حامد لا تفسخه المرأة بنفسها لأن الصحابة رضى الله عنهم ، قالوا فان جامعها والا فرق بينهما ، فأخبر أنها لا تتولاه ، ويكون ذلك فسخا لا طلاقا . وقال مالك والثورى وأبو حنيفة رضى الله عنهم تكون طلقة بائنة . دليلنا أنه فسخ بعيب كفسخ المشترى لاجل العيب فى المبيع ؛ وكالامة اذا أعتقت

تحت عبد فاختارت الفسخ ، فان رضيت بالمقام معه قبل أن يضرب له المدة وفى اثباتها فيه وجهان وحكاهما ابن الصباغ قولين .

(أحدهما) يسقط حقها من الفسخ لأنها رضيت بعيبه فهو كما لو رضيت به بعد انقضاء المدة (والثـــانى) لا يسقط حقها من الفسخ وهو الاصح ، لأنها أسقطت حقها من الفسخ قبـل جوازه فلم يسقط كالشفيع اذا أسقط حقه من الشفعة قبل الشراء .

(فرع) اذا تزوج رجل امرأة فوطئها ثم عجز عن وطئها لم يثبت لها الخيار ولا يحكم لها عليه بالعنة . وقال أبو ثور : يضرب لها المدة ، ويثبت لها الخيـار كما لو وطئها ثم جب ذكره . دليلنا أن العنة يتوصل اليها بالاستدلال والاجتهاد فاذا تحققنا قدرته على الوطء فى هذا النكاح لم يرجع فيه الى الاستدلال ، ومضى الزمان ، لأنه رجوع من اليقين الى الظن ، ويخالف اذا وطئها ثم جُبَّ ، لأن الجب أمر مشاهد متحقق لجاز أن تدفع قدرته على الوطء بالأمر المتحقق ، فان تزوج امرأة ثم وطئها ثم طلقها فبانت منه ثم تزوجها فادعت عليه بالعنة سمعت دعواها عليه ، فان أقر بذلك ضربت له المدة لان كل نكاح له حكم نفسه ، ويجوز أن يثبت فى نكاح دون نكاح ، كما يثبت من امرأة دون امرأة .

(فرع) وان تزوج رجل امرأة مع علمها أنه عنين بأن أخبرها أنه عنين أو تزوجها فأصابته عنينا فسخت النكاح ثم تزوجها ثانيا فيه قولان . قال فى الام : لا يثبت لها الخيار لأنها تزوجته مع العلم بحاله فلم يثبت لها الفسخ كما لو اشترى سلعه مع العلم بعيبها . وقال فى الجـديد : يثبت لها الفسخ لأن كل نكاح له حكم نفسه ، ولانها انما تحققت عنته فى النكاح الاول . ويجوز أن يكون عنينا فى نكاح دون نكاح .

(مسألة) قال الشـافعى رضى الله عنه : فان فارقها بعد ذلك ثم راجعها ثم سألت أن يؤجـل لها لم يكن لها ذلك ، وجملة ذلك أن المرأة اذا أصابت زوجها عنينا فضربت له المدة ورضيت بالمقـام معه ثم طلقها وعادت اليه نظرت . فان طلقها طلاقا رجعيا ثم راجعها وأرادت أن تضرب له المدة ثانيا لم يكن لها ذلك لان الرجعيه استصلاح النكاح الاول وليس بتجديد عقد النكاح ، وقد رضيت

بمقامها معه فى هذا النكاح فلم يكن لها أن تطالب بضرب المدة ، فاعترض المزنى على الشافعى وقال : لا تجتمع الرجعية مع العنة ، لأنه إن كان قد وطئها فى هذا النكاح ، فإنه لا تضرب له مدة العنة لأنه وإن لم يصبها فيه فلا عدة عليها له ولا رجعة ، قال أصحابنا : يحتمل أن يكون الشافعى رضى الله عنه بنى هذا على القول القديم أن الخلوة تثبت العدة ، فكأنه فرضها فيمن خلا بامرأته ولم يطأها فأصابته عنينا فضربت له المدة ثم اختارت المقام معه ثم طلقها ولم يبنها ، فإن له الرجعة عليها لأن الخلوة كالدخول فى استقرار المهر بوجوب العدة والرجعة على هذا ويحتمل أنه بناها على القول الجديد وهو إذا وطئها ولم يغيب الحشفة فى الفرج وأنزل واستدخلت ماءه من غير جماع ، فإنه يجب عليها العدة وله عليها الرجعة ، قال الشيخ أبو حامد : وهذا أصح ، لأن الشافعى رحمه الله ذكرها فى الأم ، وقوله فى الأم : إن الخلوة لا تقر المهر ، ولا توجب العدة .

وقال المسعودى : يحتمل أن يكون الشافعى رحمه الله أراد إذا وطئها فى دبرها وإن كان الطلاق بائناً ثم تزوجها بعده فقد تزوجته مع العلم بعيبه ، وهل لها الخيار ؟ فيه قولان مضى بيانهما .

(فرع) إذا تزوج امرأتين فعنّ عن إحداهما دون الأخرى ضربت له المدة التى عن عنها لأن لكل واحدة حكم بعنتها فاعتبر حكمها بانفرادها .

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) وإن وجدت المرأة زوجها مجبوبا ثبت لها الخيار فى الحال ، لأن عجزه متحقق ، فإن كان بعضه مجبوباً وبقى ما يمكن الجماع به فقالت المرأة : لا يتمكن من الجماع به . وقال الزوج : أتمكن ؛ ففيه وجهان ،

(أحدهما) أن القول قوله ، لأن له ما يمكن الجماع بمثله ، فقبل قوله . كما لو اختلفا وله ذكر قصير .

(والثانى) وهو قول أبى إسحاق : أن القول قول المرأة ، لأن الظاهر معها ، فإن الذكر إذا قطع بعضه ضعف ، وإن اختلفا فى القدر الباقى هل يمكن الجماع به فالقول قول المرأة ، لأن الاصل عدم الامكان ،

(فصل) إذا تزوجت إمرأة رجلا على أنه على صفة فخرج بخلافها ، أو على نسب فخرج بخلافه ، ففيه وجهان .

(أحدهما) أن العقد باطل ، لان الصفة مقصودة كالعين ، ثم اختلاف العين يبطل العقد ، فكذلك اختلاف الصفة ، ولأنها لم ترض بنكاح هذا الزوج فلم يصح ، كما لو أذنت فى نكاح رجل على صفة فزوجت من هو على غير تلك الصفة

(والقول الثانى) أنه يصح العقد وهو الصحيح ، لأن ما لا يفتقر العقد إلى ذكره إذا ذكره وخرج بخلافه لم يبطل العقد كالمهر ، فعلى هذا إن خرج أعلى من المشروط لم يثبت الخيار ، لان الخيار يثبت للنقصان لا للزيادة ، فإن خرج دونها فإن كان عليها فى ذلك نقص بأن شرط أنه حر فخرج عبداً أو أنه جميل فخرج قبيحا أو أنه عربى فخرج عجميا ، ثبت لها الخيار لأنه نقص لم ترض به ، وإن لم يكن عليها نقص بأن شرطت أنه عربى فخرج عجميا وهى عجميه ؛ ففيه وجهان ، أحدهما لها الخيار لأنها ما رضيت أن يكون مثلها ، والثانى : لا خيار لها لانها لا نقص عليها فى حق ولا كفاءة .

(الشرح) وإن أصابت المرأة زوجها مجبوباً ، فإن جب ذكره من أصله ثبت لها الخيار فى الحال ، لان عجزه متحقق ، وإن بقى بعضه — فإن كان الباقى مما لا يمكن الجماع به — فهو كما لو لم يبق منه شىء ، لأن وجود الباقى كعدمه ، وإن كان الباقى مما يمكن الجماع به ؛ فإن اتفق الزوجان على أن الزوج يقدر على الجماع به فلا خيار لها ، وإن اختلفا فقالت الزوجه : لا يقدر على الجماع به . وقال الزوج بل أقدر على الجماع به ، ففيه وجهان .

أحدهما : أن القول قول الزوج مع يمينه كما لو كان الذكر سليما .

والثانى : وهو قول أبى إسحاق : أن القول قول الزروجه مع يمينها ، لأن الظاهر من قطع بعض ذكره أنه لا يقدر على الجماع به ، فان ثبت عجزه عن الجماع باقراره أو يمينها ففيه وجهان حكاهما ابن الصباغ (أحدهما) حكاه عن الشيخ أبى حامد أن الخيار يثبت لها فى الحال ، لان عجزه متحقق (والثانى) وهو قول القاضى ابى الطيب ولم أجد له الا ذلك — انه يضرب له مدة العنين ، لأن

عجزه غير متحقق ، لأنه يقدر على الجماع به فهو كالعنين ، فأما إذا اختلفا فى القدر الباقى هل هو مما يمكن الجماع به أو مما لا يمكن الجماع به ، فذكر الشيخ أبو حامد والشيخ أبو إسحاق المروزى والمحاملى أن القول قول الزوجة وجهاً واحداً ، لأن الأصل عدم الامكان .

وقال ابن الصباغ : ينبغى أن لا يرجع فى ذلك اليها ، وإنما يرجع إلى من يعرف ذلك بصغره أو كبره كما لو ادعت أنه مجبوب وأنكر ذلك . وإن أصابت زوجها خصيا أو خنثى قد زال إشكاله - فإن قلنا : لها الخيار - كان لها الخيار فى الحال ، سواء كان قادراً على الوطء أو عاجزاً عنه ، لأن العلة فيه أن النفس تعاف من مباشرته ، وإن قلنا : لا خيار لها وادعت عجزه عن الجماع فأقر بذلك ضربت له مدة العنين وهى سنه .

(فرع) روى المزنى عن الشافعى : فان لم يجامعها الصبى أجل . قال المزنى معناه عندى صبى قد بلغ أن يجامع مثله - قال أصحابنا : المزنى أخطأ فى النقل والتأويل ، أما النقل فان الشافعى قال فى القديم ، وإن لم يجامعها الخصى أجل وعنى الشافعى هذا ، إذا قلنا لا خيار فى الخصى وادعت عجزه فى الجماع فانه يؤجل فغلط المزنى من الخصى إلى الصبى ، وأما تأويله فغلط أيضا لأن الصبى لا تثبت العنة فى حقه ، لان العنة لا تثبت إلا باعترافه أو بنكوله عن اليمين ، ونكول ويمين الزوجة ، وهذا متعذر فى حقه قبل أن يبلغ ، لان دعوى المرأة لا تسمع عليه بذلك قبل بلوغه ، وإن ادعت امرأة المجنون على زوجها العنة لم تسمع دعواها عليه ، لانه لا يمكنه الجواب على دعواها . وان ثبتت عنته قبل الجنون فضربت له المدة وانقضت وهو مجنون فلا يجوز للحاكم أن يفسخ النكاح بينهما ، لانه لو كان عاقلا لجاز أن يدعى الاصابة ويحلف عليها إن كانت ثيبا ، وهذا متعذر منه فى حال جنونه ، وإن كانت بكراً فيجوز أن يكون وطئها وزالت بكارتها ثم عادت البكارة أو منعته عن نفسها فلم يحكم عليه قبل إفاقته .

(مسألة) إذا تزوجت إمرأة رجلا على أنه على صفة فخرج بخلافها . أو على نسب فخرج بخلافه ، سواء خرج أعلى مما شرط أو دون ما شرط فالحكم واحد

بأن تتزوج رجلا بشرط أنه طويل ، فيخرج قصيراً . وبشرط أنه قصير فيخرج طويلا ، أو أنه أسود فيأتى أبيض ، أو أنه أبيض فيأتى أسود ، أو أنه موسر فيخرج فقيراً ، أو أنه فقير فيخرج موسراً أو على أنه قرشى فيخرج غير قرشى ؛ أو على أنه ليس بقرشى فيخرج قرشياً ، أو على أنه حر فكان عبدا وكان نكاحه باذن مولاه ، أو على أنه عبد فخرج حرا وكان هذا الشرط فى حال العقد ، فهل يصح العقد ؟ فيه قولان .

(أحدهما) أن النكاح باطل ، لأن الاعتماد فى النكاح على الصفات والأسماء كما أن الاعتماد فى البيوع على المشاهدة ، بدليل أنه لو قال : زوجتك أختى أو ابنتى صح وإن لم يشاهدها الزوج ، كما أنه إذا باعه سلعة شاهداها صح ، ثم اختلاف الاعيان يوجب بطلان النكاح والبيع بدليل أنه لو قال : زوجتك ابنتى يا زيد فقبل نكاحها وهو عمر ، أو قال : بعتك عبدى هذا فقال المشترى : قبلت البيع فى الجارية لم يصح النكاح والبيع ، فوجب أن يكون اختلاف الصفة يوجب بطلان العقد ، فعلى هذا يفرق بينهما ، فان لم يدخل بها فلا شىء عليه ، وإن دخل بها وجب لها مهر مثلها .

(والقول الثانى) أن النكاح صحيح ، وبه قال أبو حنيفة وهو الاصح ، لانه معنى لا يفتقر العقد إلى ذكره ، ولو ذكره وكان كما شرط صح العقد ، فان ذكره وخرج بخلاف ما شرطه لم يبطل العقد كالمهر .

فاذا قلنا بهذا نظرت ، فان كان الشرط فى الصفة ، فان خرج الزوج أعلى منها شرط فى الصفة بأن شرط كونه فقيرا فكان موسرا ، أو أنه شيخ فكان شاباً ، لم يكن لها الخيار فى فسخ النكاح لان الخيار يثبت للنقص ، وهذا زيادة لا نقصان فيه ، وإن خرج أدنى مما شرط ثبت لها الخيار فى فسخ النكاح ، لانه دون ماشرط وإن كان فى النسب نظرت ، فان شرط أنه حر فخرج عبدا وهى حرة ثبت لها الخيار فى فسخ النكاح قولا واحدا ، لأن العبد لا يكافىء الحرة ، وكذلك إذا شرط أنه عربى فخرج عجميا ، وهو من كان من أبوين عجميين وهى عربية ثبت لها الخيار ، لأنه لا يكافئها ، وإن خرج نسبه أعلى من نسبها بأن شرط أنه ليس

من قريش فكان قرشيا فلا خيار لها لانه أعلى مما شرط ، وإن خرج نسبه دون نسبه الذى انتسب اليه ودون نسبها ثبت لها الخيار ، وإن كان مثل نسبها أو أعلى منه ففيه وجهان (أحدهما) لها الخيار ، لأنها لم ترض بكفؤ لها (والثانى) وهو المنصوص فى الأم : أنه لا خيار لها لانه كفؤ لها ولا نقص عليها فى ذلك .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(فصل) وإن كان الغرر من جهة المرأة نظرت ، فان تزوجها على أنها حرة فكانت أمة - وهو ممن يحل له نكاح الامة - ففى صحة النكاح قولان . فان قلنا : انه باطل فوطئها لزمه مهر المثل ، وهل يرجع به على الغارّ فيه قولان ، أحدهما لا يرجع ، لانه حصل له فى مقابلته الوطء . والثانى : يرجع ؛ لان الغار ألجأه اليه فان كان الذى غره غير الزوجة رجع عليه ، وان كانت هى الزوجة رجع عليها اذا عتقت ، وان كان وكيل السيد رجع عليه فى الحال ، وان أحبلها فضمن قيمة الولد رجع بها على من غره .

وان قلنا انه صحيح فهل يثبت له الخيار فيه قولان . أحدهما لا خيار له لأنه يمكنه أن يطلق . والثانى له الخيار وهو الصحيح ؛ لأن ما ثبت به الخيار للمرأة ثبت به الخيار للرجل كالجنون .

وقال أبو اسحاق : ان كان الزوج عبدا فلا خيار له قولا واحدا ، لأنه مثلها والصحيح أنه لا فرق بين أن يكون حرا أو عبدا . لان عليه ضررا لم يرض به ، وهو استرقاق ولده منها وعدم الاستمتاع بها فى النهار . فان فسخ فالحكم فيها كالحكم فيه اذا قلنا : انه باطل .

(وان قلنا) لا خيار له أو له الخيار ولم يفسخ فهو كالنكاح الصحيح . فان وطئها قبل العلم بالرق فالولد حر ، لانه لم يرض برقه ، وان وطئها بعد العلم بالرق فالولد مملوك ، لانه رضى برقه ، وان غرته بصفة غير الرق أو بنسب ففى صحة النكاح قولان . فان قلنا انه باطل ودخل بها وجب مهر المثل . وهل يرجع به على من غره ؟ على القولين . فان قلنا يرجع فان كان الغرور من غيرها رجع بالجميع وان كان منها ففيه وجهان .

(أحدهما) يرجع بالجميع كما يرجع على غيرها (والثانى) يبقى منه شيئاً حتى لا يعرى الوطء عن بدل . وان قلنا : انه صحيح ، فان كان الغرور بنسب فخرجت أعلى منه ، لم يثبت الخيار ، وان خرجت دونه ولكنه مثل نسبه أو أعلى منه لم يثبت الخيار ، وان كان دون نسبه ففيه وجهان .

أحدهما : له الخيار ، لأنه لم يرض أن تكون دونه . والثانى : لا خيار له ، لانه لا نقص على الزوج بأن تكون المرأة دونه فى الكفاءة ، فإن قلنا ان له الخيار فاختار الفسخ ، فالحكم فيه كالحكم فيه اذا قلنا : انه باطل ، وان اختار المقام فهو كما قلنا انه صحيح وقد بيناه .

(الشرح) وان تزوج رجل امرأة على أنها حرة فكانت أمة فهل يصح النكاح فيه وجهان وجههما ماذكرناه فى التى قبلها ، وانما يتصور القولان مع وجود أربع شرائط (أحدها) أن يكون الزوج ممن يحل له نكاح الامة (الثانى) أن يكون القولان مع وجود أربع شرائط .

(أحدها) أن يكون الزوج ممن يحل له نكاح الامة

(الثانى) أن يكون الشرط فى حال العقد فاما قبله أو بعده فلا يؤثر .

(الثالث) أن يكون الغرور من جهة الامة أو من وكيل السيد : فأما ان كان من السيد فإنها تعتق .

(الرابع) أن يكون النكاح بإذن السيد . اذا ثبت هذا ـ فإن قلنا ان النكاح باطل فإن لم يدخل بها فرق بينهما ، ولاشىء عليه ، وان دخل بها لزمه مهر المثل لسيدها ؛ فإذا غرمه فهل يرجع به على من غرّه ؟ فيه قولان مضى توجيههما ، وان حبلت منه وخرج الولد حيا كان حراً للشبهة سواء كان الزوج حراً أو عبدا ويلزمه قيمته لسيدها ، وماقاله المصنف فى استرقاق الولد والغرور بالرق فعلى وجهه

(فرع) وان تزوجها على أنها على صفة فخرجت بخلافها ، أو أنها من نسب فخرجت بخلافه ، وكان هذا الشرط حال العقد ، فهل يصح النكاح ؟ فيه قولان سواء خرجت أعلى من الشرط أو دونه ، فإن قلنا ان النكاح باطل ، فان لم يدخل بها فرق بينهما ولا شىء عليه . وان دخل بها لزمه مهر مثلها . وهل يرجع به

على من غره؟ فيه قولان مضى بوجيهما ، فإن قلنا : لا يرجع فلا كلام ، وإن قلنا : يرجع على من غره فغرم ، فان كان الذى غره وليها وهو واحد رجع عليه بالجميع ، وإن كانوا جماعة فان غروه بالنسب رجع على جميعهم بالسوية بجميع المهر ، لأن نسبها لا يخفى عليهم ، وإن غروه بصفة غير النسب - فان كانوا كلهم عالمين بحالها أو كلهم جاهلين بحالها - رجع على جميعهم بالسوية ، لأنه لا مزية لبعضهم على بعض ، وان كانوا بعضهم عالمين بحالها وبعضهم جاهلين بحالها ، ففيه وجهان حكاهما الشيخ أبو حامد .

(أحدهما) يرجع على الجميع لأن الجميع منهم زوجوه ، وحقوق الأموال لا يسقط بالخطأ .

(والثانى) يرجع على العالم منهم بحالها دون الجاهل ، لأن العالم بحالها هو الذى غره ، وان كان الذى غره هى الزوجة ففيه وجهان . أحدهما : يرجع عليها بجميع المهر كما قلنا فى الاولياء . والثانى : لا يرجع عليها بالجميع بل يبقى منه شيئاً حتى لا يعرى الوطء عن بذل ، فان قلنا : يرجع عليها بالجميع - فان كانت قد قبضته منه ردته اليه ، وان لم تقبضه منه لم يقبضه ، بل يسقط أحدهما بالآخر ، وان قلنا لا يرجع عليها بالجميع - فان كانت قد قبضت الجميع رجع عليها بما قبضت منه ، وبقى منه بعضه ، وان لم يقبضه منه أقبضها منه شيئاً وسقط الباقى عنه ، وان قلنا ان النكاح صحيح ، لانه لانقص عليه ، فان غرته بصفة فخرجت أعلا مما شرطت فلا خيار للزوج لانه لانقص عليه ، وان خرج نسبها دون النسب الذى شرطت ودون نسب الزوج ، أو كان الغرور بصفة فخرجت صفتها دون الصفة التى شرطت فهل له الخيار فى فسخ النكاح ؛ فيه قولان .

(أحدهما) له الخيار لانه معنى لو شرط بنفسه وخرج بخلافه لثبت لها الخيار فيثبت للزوج الخيار كالعيوب .

(والثانى) لا يثبت له الخيار ، لأنه يمكنه أن يطلقها ، ولأنه لا عار على الزوج بكون نسب الزوجه دون نسبه ودون صفته بخلاف الزوجة - فان قلنا : له الخيار ، فاختار الفسخ - فهو كما لو قلنا : انه باطل ، وان قلنا لا خيار له أو له الخيار ، فاختار امساكها لزمه أحكام العقد الصحيح .

قال المصنف رحمه الله :

(فصل) وان تزوج امرأة من غير شرط يظنها حرة فوجدها أمة فالنكاح صحيح ، والمنصوص أنه لا خيار له . وقال فيمن تزوج حرة يظنها مسلمة فخرجت كتابية أن له الخيار . فمن أصحابنا من نقل جوابه فى كل واحدة من المسألتين الى الاخرى وجعلهما على قولين .

(أحدهما) له الخيار ، لان الحرة الكتابية أحسن حالا من الامة ، لان الولد منها حر ، والاستمتاع بها تام ، فاذا جعل له الخيار فيها كان فى الأمة والولد منها رقيق ، والاستمتاع بها ناقص أولى .

(والقول الثانى) لا خيار له لان العقد وقع مطلقا فهو كما لو ابتاع شيئا يظنه على صفة فخرج بخلافها . فانه لا يثبت له الخيار . فكذلك ههنا . واذا لم يجعل له الخيار فى الامة ففى الكتابية أولى . ومنهم من حملهما على ظاهر النص فقال له الخيار فى الكتابية . ولا خيار له فى الامة . لان فى الكتابية ليس من جهة الزوج تفريط . لان الظاهر ممن لا غيار عليه أنه ولى مسلمة ، وانما التفريط من جهة الولى فى ترك الغيار . وفى الامة التفريط من جهة الزوج فى ترك السؤال .

(فصل) اذا أعتقت الامة وزوجها حر لم يثبت لها الخيار . لما روت عائشة رضى الله عنها قالت « أعتقت بريرة فخيرها رسول الله صلى الله عليه وسلم فى زوجها . وكان عبداً فاختارت نفسها . ولو كان حراً ما خيرها رسول الله صلى الله عليه وسلم » ولانه لا ضرر عليها فى كونها حرة تحت حر . ولهذا لا يثبت به الخيار فى ابتداء النكاح فلا يثبت به الخيار فى استدامته . وان أعتقت تحت عبد ثبت لها الخيار . لحديث عائشة رضى الله عنها ولان عليها عاراً وضرراً فى كونها تحت عبد . ولهذا لو كان ذلك فى ابتداء النكاح ثبت لها الخيار . فثبت به الخيار فى استدامته . ولها أن تفسخ بنفسها لانه خيار ثابت بالنص . فلم يفتقر الى الحاكم . وفى وقت الخيار قولان .

(أحدهما) أنه على الفور ، لانه خيار لنقص فكان على الفور كخيار العيب

فى البيع (والثانى) أنه على التراخى ، لأنا لو جعلناه على الفور لم نأمن أن تختار المقام أو الفسخ ثم تندم ، فعلى هذا فى وقته قولان .

(أحدهما) يتقدر بثلاثة أيام ، لأنه جعل حداً لمعرفة الحظ فى الخيار فى البيع

(والثانى) أن لها الخيار إلى أن تمكنه من وطئها لأنه روى ذلك عن ابن عمر وحفصة بنت عمر رضى الله عنهما ، وهو قول الفقهاء السبعة سعيد بن المسيب وعروة بن الزبير والقاسم بن محمد وأبو بكر بن عبد الرحمن بن الحارث بن هشام وخارجة بن زيد بن ثابت وعبيد الله بن عبد الله بن عتبة بن مسعود وسليمان بن يسار رضى الله عنهم ، فإن أعتقت ولم تختر الفسخ حتى وطئها ثم ادعت الجهل بالعتق - فإن كان فى موضع يجوز أن يخفى عليها العتق - فالقول قولها مع يمينها ؛ لأن الظاهر أنها لم تعلم ، وإن كان فى موضع لا يجوز أن يخفى عليها لم يقبل قولها لأن ما تدعيه خلاف الظاهر ، وإن علمت بالعتق ولكن ادعت أنها لم تعلم بأن لها الخيار ، ففيه قولان .

(أحدها) لا خيار لها كما لو اشترى سلعة فيها عيب ، وادعى أنه لم يعلم أن له الخيار .

(والثانى) أن لها الخيار ، لأن الخيار بالعتق لا يعرفه غير أهل العلم ، وإن أعتقت وهى صغيرة ثبت لها الخيار إذا بلغت ، وإن كانت مجنونة ثبت لها الخيار إذا عقلت وليس للولى أن يختار ، لأن هذه طريقة الشهوة فلا ينوب عنها الولى كالطلاق ، وإن أعتقت فلم تختر حتى عتق الزوج ففيه قولان .

(أحدهما) لا يسقط خيارها لأنه حق ثبت فى حال الرق فلم يتغير بالعتق كما لو وجب عليه حد ثم أعتق .

(والثانى) يسقط لأن الخيار ثبت للنقص وقد زال ، فإن أعتقت وهى فى العدة من طلاق رجعى فلها أن تترك الفسخ لانتظار البينونة بانقضاء العدة ولها أن تفسخ لأنها إذا لم تفسخ ربما راجعها إذا قارب انقضاء العدة - فاذا فسخت - احتاجت أن تستأنف العدة وإن اختارت المقام فى العدة لم يسقط خيارها لأنها جارية إلى بينونة ، فلا يصح منها اختيار المقام مع ما ينافيه ، وإن أعتقت تحت عبد فطلقها قبل ان تختار الفسخ ففيه قولان .

أحدهما : أن الطلاق ينفذ ، لانه صادف الملك . والثانى : لا ينفذ لانه يسقط حقها من الفسخ ، فعلى هذا إن فسخت لم يقع الطلاق ، وإن لم تفسخ حكمنا بوقوع الطلاق من حين طلق .

(فصل) وان أعتقت وفسخت النكاح ، فان كان قبل الدخول سقط المهر لان الفرقة من جهتها ، وان كان بعد الدخول نظرت ، فان كان العتق بعد الدخول استقر المسمى ، وان كان قبله ودخل بها ولم تعلم بالعتق سقط المسمى ووجب مهر المثل لأن العتق وجد قبل الدخول فصار كما لو وجد الفسخ قبل الدخول ويجب المهر للمولى لانه وجب بالعقد فى ملكه ، وان كانت مفوضة فأعتقت فاختارت الزوج وفرض لها المهر بعد العتق ففى المهر قولان . ان قلنا يجب بالعقد كان للمولى لأنه وجب قبل العتق . وان قلنا : يجب بالفرض كان لها لأنه وجب بعد العتق .

(فصل) وان تزوج عبد مشرك حرة مشركة ثم أسلما ففيه وجهان . أحدهما لا خيار لها لأنها دخلت فى العقد مع العلم برقه . والثانى : وهو ظاهر النص أن لها ان تفسخ النكاح لان الرق ليس بنقص فى الكفر وانما هو نقص فى الإسلام فيصير كنقص حدث بالزوج ، فيثبت لها الخيار ، وان تزوج العبد المشرك أمة فدخل بها ثم أسلمت وتخلف العبد فأعتقت الامة ثبت لها الخيار ، لأنها عتقت تحت عبد ، وان أسلم العبد وتخلفت المرأة ففيه وجهان .

(أحدهما) وهو قول أبى الطيب بن سلمة أنه لا يثبت لها الخيار ، وهو ظاهر ما نقله المزنى ، والفرق بينها وبين ما قبلها أن هناك الأمر موقوف على اسلام الزوج فاذا لم تفسخ لم تأمن أن لا يسلم حتى يقارب انقضاء العدة ثم يسلم فتفسخ النكاح فتطول العدة . وههنا الامر موقوف على اسلامها فأى وقت شاءت أسلمت وثبت النكاح فلم يثبت لها الفسخ (والثانى) وهو قول أبى اسحاق أنه يثبت لها الخيار كالمسألة قبلها ، وأنكر ما نقله المزنى .

(فصل) اذا ملك مائة دينار وأمة قيمتها مائة دينار وزوجها من عبد بمائة ووصى بعتقها فأعتقت قبل الدخول لم يثبت لها الخيار لأنها اذا فسخت سقط

مهرها ، وإذا سقط المهر عجز الثلث عن عتقها فسقط خيارها فيؤدى إثبات الخيار الى اسقاطه فسقط .

(فصل) وإن أعتق عبد وتحته أمة ففيه وجهان . أحدهما : يثبت له الخيار كما يثبت للأمة إذا كان زوجها عبداً ، والثانى : لا يثبت لأن رقها لا يثبت به الخيار فى ابتداء النكاح فلا يثبت به الخيار فى استدامته .

(الشرح) خبر بريرة بلفظ المصنف أخرجه أحمد ومسلم وأبو داود والترمذى وصححه من طريق عروة عن عائشة ، وقال ابن القيم فى الهدى : حديث عائشة رواه ثلاثة الأسود وعروة والقاسم ، وهو يرجح كون زوج بريرة حراً بيد أن الروايات الثابتة عندنا تخالف ابن القيم فيما ذهب اليه .

وقد اختلف أهل العلم فيما إذا كان الزوج حراً هل يثبت الخيار للزوجة أم لا فذهب الجمهور إلى أنه لا يثبت ، وجعلوا العلة فى الفسخ عدم الكفاءة لأن المرأة إذا صارت حرة وكان زوجها عبداً لم يكن كفؤاً لها ، ويؤيد هذا قول عائشه فى حديث الباب ، ولو كان حرا لم يخيرها ، ولكنه تعقب بأن هذه الزيادة مدرجة من قول عروة كما صرح بذلك النسائى فى سننه ، وبينه أيضاً أبو داود فى رواية مالك ، ولو سلم انه من قولها فهو اجتهاد وليس بحجة ، وذهبت العترة والشعبى والنخعى والثورى والحنفية إلى أنه يثبت الخيار ولو كان الزوج حرا وتمسكوا أولا بتلك الرواية التى فيها أنه كان زوج بريرة حرا ، وقد عرفنا عدم صلاحية ذلك للتمسك به . وما بقى من فروع المسائل فى هذه الفصول فعلى وجهه لمن أراد أن يحيط بها إجمالا إذ لا حاجة بنا إلى بسطها لأنها تقوم على أساس الرق وقد تلاشى الرق اليوم وصار الناس يتساوون اليوم فى حقوقهم وواجباتهم ، وقد ضاقت فوارق التكافؤ بينهم الا قليلا ، والله الموفق للصواب .

قال المصنف رحمه الله :

باب نكاح المشرك

اذا أسلم الزوجان المشركان على صفة - لو لم يكن بينهما نكاح جاز لهما عقد النكاح - أقرا على النكاح ، وان عقد بغير ولى ولا شهود ، لانه أسلم خلق كثير فأقرهم رسول الله صلى الله عليه وسلم على أنكحتهم ، ولم يسألهم عن شروطه وان أسلما والمرأة ممن لا تحل له كالام والاخت لم يقرا على النكاح ، لانه لايجوز أن يبتدىء نكاحها فلا يجوز الإقرار على نكاحها ، وان أسلم أحد الزوجين الوثنيين أو المجوسيين أو أسلمت المرأة والزوج يهودى أو نصرانى - فإن كان قبل الدخول - تعجلت الفرقة ، وان كان بعد الدخول وقفت الفرقة على انقضاء العدة ، فإن أسلم الآخر قبل انقضائها فهما على النكاح ، وان لم يسلم حتى انقضت العدة حكم بالفرقة .

وقال أبو ثور : ان أسلم الزوج قبل الزوجة وقعت الفرقة وهذا خطأ ، لما روى عبد الله بن شبرمة « أن الناس كانوا على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم يسلم الرجل قبل المرأة ، والمرأة قبل الرجل ، فأيهما أسلم قبل انقضاء عدة المرأة فهى امرأته ، وان أسلم بعد انقضاء العدة فلا نكاح بينهما » والفرقه الواقعه باختلاف الدين فسخ لأنها فرقه عريت عن لفظ الطلاق ونيته فكانت فسخا ، كسائر الفسوخ .

(الشرح) خبر عبد الله بن شبرمه مرسل لانه من الطبقه الخامسه فى التابعين ومن ثم يؤخذ على المصنف استدلاله به مع استفاضة الروايات المرفوعه وكثرة طرقها ، من ذلك ما رواه البخارى عن ابن عباس قال « كان المشركون على منزلتين من النبي صلى الله عليه وسلم ومن المؤمنين ، كانوا مشركى أهل حرب يقاتلهم ويقاتلونه ، ومشركى أهل عهد لا يقاتلهم ولا يقاتلونه . وكان اذا هاجرت المرأة من أهل الحرب لم تخطب حتى تحيض وتطهر ، فاذا طهرت حل لها النكاح . وان جاء زوجها قبل أن تنكح ردت اليه » .

وأخرج أحمد وأبو داود وصححه الحاكم عن ابن عباس « أن النبي صلى الله عليه وسلم رد ابنته زينب على زوجها ابي العاص بن الربيع بالنكاح الأول لم يحدث شيئاً » وفي لفظ « رد ابنته زينب على أبي العاص زوجها بنكاحها الأول بعد سنتين ولم يحدث صداقا » رواه أحمد وأبو داود وابن ماجه . وفي لفظ « رد ابنته زينب على أبي العاص وكان إسلامها قبل إسلامه بست سنين على النكاح الأول ، ولم يحدث شهادة لا صداقا » رواه أحمد وأبو داود والترمذى وقال فيه « لم يحدث نكاحا » وقال ليس بإسناده بأس .

وقد روى بإسناد ضعيف عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده « أن النبي صلى الله عليه وسلم رد ابنته على أبي العاص بمهر جديد ونكاح جديد » قال الترمذى في إسناده مقال . وقال أحمد : هذا حديث ضعيف والحديث الصحيح أنه أقرهما على النكاح الأول . وقال الدارقطني : هذا حديث لا يثبت ، والصواب حديث ابن عباس « أن النبي صلى الله عليه وسلم ردها بالنكاح الأول » وقال الخطابي : حديث ابن عباس أصح من حديث عمرو بن شعيب .

وقال ابن كثير في الإرشاد : هو حديث جيد قوى ، وهو من رواية ابن اسحاق عن داود بن الحصين عن عكرمة عن ابن عباس اه . إلا أن حديث داود بن الحصين عن عكرمة عن ابن عباس ضعف أمرها على بن المديني ، وابن إسحاق فيه مقال معروف ، وحديث عمرو بن شعيب أخرجه ابن ماجه أيضاً ، وفي إسناده الحجاج بن أرطاة وهو معروف بالتدليس ، ولم يسمعه من عمرو بن شعيب كما قال أبو عبيد ، وإنما حمله عن العزرمى وهو ضعيف ، وقد ضعف هذا الحديث جماعة من أهل العلم .

وأخرج مالك في الموطأ عن ابن شهاب أنه بلغه « أن ابنة الوليد بن المغيرة كانت تحت صفوان بن أمية ، فأسلمت يوم الفتح وهرب صفوان من الإسلام ، فبعث اليه رسول الله صلى الله عليه وسلم أماناً ، وشهد حنيناً والطائف وهو كافر وامرأته مسلمة فلم يفرق رسول الله صلى الله عليه وسلم بينهما حتى أسلم صفوان واستقرت عنده بذلك النكاح . قال ابن شهاب : وكان بين إسلام صفوان وبين إسلام زوجته نحوا من شهر »

وفى الموطأ عن ابن شهاب « أن أم حكيم ابنة الحرث بن هشام أسلمت يوم الفتح بمكة وهرب زوجها عكرمة بن أبي جهل من الإسلام حتى قدم اليمن فارتحلت أم حكيم حتى قدمت على زوجها باليمن ودعته إلى الإسلام فأسلم ؛ وقدم على رسول الله صلى الله عليه وسلم فبايعه فثبتا على نكاحهما ذاك .

قال ابن شهاب : ولم يبلغنا أن إمرأة هاجرت إلى الله وإلى رسوله وزوجها كافر مقيم بدار الكفر الا فرقت هجرتها بينها وبين زوجها الا أن يقدم زوجها مهاجراً قبل أن تنقضى عدتها ، وأنه لم يبلغنا أن امرأة فرق بينها وبين زوجها اذا قدم وهى فى عدتها » .

وروى البيهقى عن الشافعى عن جماعة من أهل العلم من قريش وأهل المغازى وغيرهم عن عدد مثلهم « أن أبا سفيان أسلم بمر الظهران وامرأته هند بنت عتبة كافرة بمكة ، ومكة يومئذ دار حرب . وكذلك حكيم بن حزام ، ثم أسلم المرأتان بعد ذلك وأقر النبي صلى الله عليه وسلم النكاح » .

وقد استشكل بعض علماء الحديث والفقه ما جاء فى روايات ابن عباس من قوله « بعد سنتين » وفى الرواية الثانية « بست سنين » ووقع فى رواية « بعد ثلاث سنين » وأشار ابن حجر فى الفتح الى الجمع فقال : المراد بالست مابين هجرة زينب واسلامه ، وبالسنتين أو الثلاث ما بين نزول قوله تعالى « لا هن حل لهم » وقدومه مسلما ، فإن بينهما سنتين وأشهرا .

قال الترمذى فى حديث ابن عباس انه لا يعرف وجهه . قال الحافظ : وأشار بذلك الى أن ردها اليه بعد ست سنين أو بعد سنتين أو ثلاث مشكل لاستبعاد أن تبقى فى العدة هذه المدة ، قال : ولم يذهب أحد الى جواز تقرير المسلمة تحت المشرك اذا تأخر اسلامه عن اسلامها حتى انقضت عدتها ، وممن نقل الاجماع فى ذلك ابن عبد البر ، وأشار الى أن بعض أهل الظاهر قال بجوازه ورده بالاجماع المذكور ، وتعقب بثبوت الخلاف فيه قديما ، فقد أخرجه ابن أبي شيبة عن على وابراهيم النخعى بطرق قوية ، وأفتى به حماد شيخ أبي حنيفة . وأجاب الخطابى عن الاشكال بأن بقاء العدة تلك المدة ممكن . وان لم تجر به عادة فى الغالب ،

ولا سيما ان كانت المدة إنما هي سنتان وأشهر ، فان الحيض قد يبطىء عن ذات الاقراء لعارض ، وبمثل هذا أجاب البيهقى .

قال الحافظ : وهو أولى ما يعتمد فى ذلك . وقال السهيلى فى شرح السيرة : ان حديث عمرو بن شعيب هو الذى عليه العمل ، وإن كان حديث ابن عباس أصح إسنادا لكن لم يقل به أحد من الفقهاء ، لأن الاسلام قد كان فرق بينهما ، قال الله تعالى « لا هن حل لهم ولا هم يحلون لهن » ومن جمع بين الحديثين قال : معنى حديث ابن عباس ردها عليه على النكاح الأول فى الصداق والحباء ، ولم يحدث زيادة على ذلك من شرط ولا غيره اه .

وقد أشار إلى مثل هذا الجمع ابن عبد البر ، وقيل : إن زينب لما أسلمت وبقى زوجها على الكفر لم يفرق النبى صلى الله عليه بينهما إذ لم يكن قد نزل تحريم نكاح المسلمة على الكافر ، فلما نزل قوله تعالى (لا هن حل لهم) الآية أمر النبى صلى الله عليه وسلم ابنته أن تعتد فوصل أبو العاص مسلما قبل انقضاء العدة ، فقررها النبى صلى الله عليه وسلم بالنكاح الأول فيندفع الاشكال ؛ وحديث عمرو بن شعيب تعضده الأصول ، وقد صرح فيه بوقوع عقد جديد ، والأخذ بالصريح أولى من الأخذ بالمحتمل ، ويؤيده مخالفة ابن عباس لما رواه كما حكى ذلك عنه البخارى . قال الحافظ ابن حجر : وأحسن المسالك فى تقرير الحديثين ترجيح حديث ابن عباس كما رجحه الأئمة ، وحمله على تطاول العدة فيما بين نزول آية التحريم واسلام أبى العاص ، ولا مانع من ذلك ، وأغرب ابن حزم فقال : إن قوله : ردها اليه بعد كذا ، مراده جمع بينهما ، وإلا فاسلام أبى العاص كان قبل الحديبية ، وذلك قبل أن ينزل تحريم المسلمة على المشرك هكذا زعم .

قال الحافظ ابن حجر : وهو مخالف لما أطبق عليه أهل المغازى أن إسلامه كان بعد نزول آية التحريم .

وقال ابن القيم فى الهدى ماحاصله : إن اعتبار العدة لم يعرف فى شىء من الاحاديث ؛ ولا كان النبى صلى الله عليه وسلم يسأل المرأة هل انقضت عدتها أم لا ولو كان الاسلام بمجرده فرقة ، لكانت طلقة بائنة ولا رجعة فيها ، فلا يكون الزوج أحق بها اذا أسلم ، وقد دل حكمه صلى الله عليه وسلم أن النكاح موقوف

فإن أسلم الزوج قبل انقضاء العدة فهى زوجته ، وان انقضت عدتها فلها أن تنكح من شاءت ، وان أحبت انتظرته ، واذا أسلم كانت زوجته من غير حاجة الى تجديد نكاح ، قال : ولا نعلم أحداً جدد بعد الاسلام نكاحه البتة ، بل كان الواقع أحد الامرين اما افتراقهما ونكاحها غيره واما بقاؤهما على النكاح الاول اذا أسلم الزوج ؛ وأما تنجيز الفرقة أو مراعاة العدة فلم يعلم أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قضى بواحد منهما مع كثرة من أسلم فى عهده ، وهذا كلام فى غاية الحسن والمتانة . قال : وهذا اختيار الخلال وأبى بكر صاحبه وابن المنذر وابن حزم ، وهو مذهب الحسن وطاوس وعكرمة وقتادة والحكم ،

قال ابن حزم : وهو قول عمر بن الخطاب وجابر بن عبد الله وابن عباس ثم عد آخرين ، وقد ذهب الى أن المرأة اذا أسلمت قبل زوجها لم تخطب حتى تحيض وتطهر ـ ابن عباس وعطاء وطاوس والثورى وفقهاء الكوفة ووافقهم ابو ثور واختاره ابن المنذر واليه جنح البخارى ، وشرط أهل الكوفة ومن وافقهم أن يعرض على زوجها الاسلام فى تلك المدة فيمتنع ان كانا معاً فى دار الاسلام وقد روى عن أحمد أن الفرقة تقع بمجرد الاسلام من غير توقف على مضى العدة كسائر أسباب الفرقة من رضاع او خلع أو طلاق .

قال فى البحر : اذا أسلم أحدهما دون الآخر انفسخ النكاح اجماعا ثم قال بعد ذلك : ومذهب الشافعى ومالك وأبى يوسف على أن الفرقة بإسلام أحدهما فسخ لا طلاق اذ العلة اختلاف الدين كالردة . وقال ابو العباس وابو حنيفه ومحمد : بل طلاق حيث اسلمت وابى الزوج ، اذ امتناعه كالطلاق قلنا بل كالردة اه .

وجملة ما اوردنا فى هذا البحث ان اهل الشرك انكحتهم صحيحه وطلاقهم واقع ويبنى على هذا انه اذا نكح مشرك مشركة وطلقها ثلاثاً لم تحل له الا بعد زوج ، ولو نكح مسلم ذميه ثم طلقها ثلاثاً ثم نكحها ذمى ودخل بها وطلقها الذمى حلت للمسلم الذى طلقها بعد انقضاء عدتها ، فيتعلق بأنكحتهم سائر الاحكام التى تتعلق بأنكحة المسلمين ، وبه قال الزهرى والاوزاعى وابو حنيفه واصحابه .

وقال مالك : انكحة اهل الشرك باطله فلا يتعلق بها حكم من احكام النكاح الصحيح ؛ وحكاه اصحابنا الخراسانيون قولا آخر للشافعى .

دليلنا قوله تعالى « وقالت إمرأة فرعون » وقوله تعـالى « تبت يدا أبي لهب وتب — إلى قوله — وإمرأته حمالة الحطب » فأضاف إمرأتيهما اليهما وحقيقة الاضافة تقتضى الملك ، وروى أن النبي صلى الله عليه وسلم قال « ولدت من نكاح لا من سفاح » وكان مولوداً فى الشرك .

إذا ثبت هذا فان أسلم الزوجان المشركان معاً — فإن كانا عند إسلامهما يجوز ابتداء النكاح بينهما أقرا على نكاحهما الأول ؛ وإن كانا عقدا بغير ولى ولا شهود لأنه أسلم خلق كبير وأقرهم النبي صلى الله عليه وسلم على أنكحتهم ، ولم يسأل عن شروطها ، وإن كان لا يجوز لهما ابتداء النكاح بينهما ، فإن كانت محرمة عليه بنسب أو رضاع أو صهارة أو معتدة عنه لأنه لايجوز لهما ابتداء النكاح فلايجوز إقرارهما عليه .

قال أصحابنا : فإن أسلم الزوج والزوجة كتابية أقرا على النكاح لأنه يجوز للمسلم ابتداء النكاح على الكتابية فأقرا عليه ، وإن أسلم أحد الزوجين الوثنيين أو المجوسيين أو أسلم الزوج ولم تسلم الزوجة ، فان كان قبـل الدخول انفسخ النكاح ، وإن كان بعد الدخول وقف النكاح ، وإن أسلم الكافر منهما قبل انقضاء عدة الزوجة أقرا على النكاح ، وان لم يسلم الكافر منهما حتى انقضت عدة الزوجة بانت منه من وقت إسلام المسلم منهما ، ولا فرق بين أن يكون ذلك فى دار الاسلام أو فى دار الحرب ، وبه قال أحمد .

وقال مالك : إن كانت هى المسلمة فكما قلنا ، وإن كان هو المسلم عرض عليها الاسلام فى الحال ، فإن أسلمت والا انفسخ نكاحها ، وقال أبو بكر رضى الله عنه ان أسلم الزوج قبل الزوجة وقعت الفرقة بكل حال .

وقال أبو حنيفة : ان كان فى دار الحرب وكان ذلك بعـد الدخول فالنكاح موقوف على انقضاء العـدة كقولنا ، وان كان فى دار الاسلام فسواء كان قبل الدخول أو بعده فإن النكاح لا ينفسخ بل يعرض على المتأخر منهما الاسـلام ، فإن اسـلم فهما على الزوجيه ، وان لم يسلم فرق بينهما بتطليقة ، وان لم يعرض الاسـلام على المتأخر منهما وأقاما على الزوجية مدة طويلة فهما على النكاح .

دليلنا ما رويناه من الأخبار التى تفيد بمنطوقها أن الناس كانوا يسلمون على

عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم الرجل قبل المرأة والمرأة قبل الرجل ، فأيهما أسلم قبل انقضاء عدة المرأة فهي امرأته ، وان أسلم بعد انقضاء العدة فلا نكاح بينهما : والعدة لا تكون الا بعد الدخول ، ولم يفرق بين أن أسلم الرجل أولا أو المرأة ، وبين أن يكون فى دار الاسلام أو فى دار الحرب ، فإن اسلم الزوجان فى حالة واحدة قبل الدخول لم ينفسخ نكاحهما لأنه لم يسبق أحدهما الآخر .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(فصل) وان أسلم الحر وتحته أكثر من أربع نسوة وأسلمن معه ، لزمه أن يختار أربعاً منهن ، لما روى ابن عمر رضى الله عنه ، أن غيلان أسلم وتحته عشر نسوة فأمره النبي صلى الله عليه وسلم أن يختار منهن أربعا ، ولأن ما زاد على أربع لا يجوز اقرار المسلم عليه ، فإن امتنع أجبر عليه بالحبس والتعزير ، لأنه حق توجه عليه لا تدخله النيابة فأجبر عليه ، فإن أغمى عليه فى الحبس خلى الى أن يفيق لأنه خرج عن أن يكون من أهل الاختيار ، فخلى كما يخلى من عليه دين اذا أعسر به ، فان أفاق أعيد الى الحبس والتعزير الى أن يختار ، ويؤخذ بنفقة جميعهن الى أن يختار لأنهن محبوسات عليه بحكم النكاح ، والاختيار أن يقول : اخترت نكاح هؤلاء الاربع ، فينفسخ نكاح البواقى ، او يقول : اخترت فراق هؤلاء ، فيثبت نكاح البواقى : وان طلق واحدة منهن كان ذلك اختياراً لنكاحها ، لأن الطلاق لا يكون الا فى زوجة ، وان ظاهر منها أو آلى لم يكن ذلك اختياراً لانه قد يخاطب به غير الزوج ، وان وطىء واحدة ففيه وجهان .

(أحدهما) أنه اختيار لأن الوطء لا يجوز الا فى ملك فدل على الاختيار كوطء البائع الجارية المبيعة بشرط الخيار .

(والثانى) وهو الصحيح — أنه ليس باختيار لانه اختيار للنكاح فلم يجز بالوطء كالرجعة ، وان قال كلما أسلمت واحدة منكن فقد اخترت نكاحها لم يصح لان الاختيار كالنكاح فلم يجز تعليقه على الصفة ولا فى غير معين ، وان قال : كلما اسلمت واحدة منكن فقد اخترت فسخ نكاحها لم يصح ، لأن الفسخ لا يجوز

تعليقه على الصفة ، ولأن الفسخ انما يستحق فيما زاد على أربع ، وقد يجوز أن لا يسلم أكثر من أربع فلا يستحق فيها الفسخ ، وان قال : كلما أسلمت واحدة فهى طالق ففيه وجهان .

(أحدهما) يصح ، وهو ظاهر النص ، لأنه قال : وان قال : كلما أسلمت واحدة منكن فقد اخترت فسخ نكاحها لم يكن شيئا الا أن يريد به الطلاق ، فدل على أنه اذا أراد الطلاق صح ، ووجهه أن الطلاق يصح تعليقه على الصفات

(والثانى) وهو قول أبى على بن أبى هريرة : أنه لا يصح ، لان الطلاق ههنا يتضمن اختيار الزوجية ، والاختيار لا يجوز تعليقه على الصفة ، وحمل قول الشافعى رحمه الله على من أسلم وله أربع نسوة فى الشرك ، وأراد بهذا القول الطلاق فانه يصح ، لأنه طلاق لا يتضمن اختياراً لجاز تعليقه على الصفة ، وان أسلم ثم ارتد لم يصح اختياره ، لان الاختيار كالنكاح فلم يصح مع الردة ، وان أسلم وأحرم ، فالمنصوص أنه يصح اختياره ، فمن أصحابنا من جعلها على قولين . أحدهما لا يصح كما لا يصح نكاحه . والثانى : يصح كما تصح رجعته ، ومنهم من قال : ان اسلم ثم احرم ثم اسلمن لم يجز ان يختار قولا واحداً ، لانه لا يجوز ان يبتدىء النكاح وهو محرم ، فلا يجوز ان يختاره ، وحمل النص عليه ، واذا اسلم ثم اسلمن ثم احرم فان له الخيار ، لأن الاحرام طرأ بعد ثبوت الخيار .

(الشرح) حديث ابن عمر اخرجه احمد وابن ماجه والترمذى عن الزهرى عن سالم عن ابن عمر ، وزاد احمد فى رواية « فلما كان فى عهد عمر طلق نساءه وقسم ماله بين بنيه ، فبلغ ذلك عمر فقال : انى لأظن الشيطان فيما يسترق من السمع سمع بموتك فقذفه فى نفسك ، ولعلك لا تمكث الا قليلا ، وايم الله لتراجعن نساءك ولترجعن مالك او لأورثنك منك ، ولآمرن بقبرك ان يرجم كما رجم قبر ابى رغال » وابو رغال كتاب فى سنن ابى داود ودلائل النبوة عن ابن عمر « سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم حين خرجنا معه الى الطائف فمررنا بقبر فقال: هذا قبر ابى رغال وهو أبو ثقيف وكان من ثمود ، وكان بهذا

الحرم يدفع عنه : فلما خرج منه أصابته النقمة التى أصابت قومه بهذا المكان فدفن فيه ، الحديث .

أما قول الجوهرى بأنه كان دليلا للحبشة حين توجهوا إلى مكة فمات فى الطريق ـ غير معتمد به ، وكذا قول ابن سيدة فى المخصص أنه كان عبداً لشعيب وكان عشاراً جائراً ، وقد سبق لنا الكلام على إسناد الحديث وما فى وهم معمر وتفرده والعلل فى الخبر .

أما الاحكام : فإذا أسلم الرجل وتحته أكثر من أربع زوجات فأسلمن معه فى العدة أو كن كتابيات ، لزمه أن يختار أربعا منهن ، ويفارق مازاد سواء تزوجهن بعقد واحد أو بعقود ، وسواء اختار من نكاحها أولا أو آخراً ، وبه قال مالك وأحمد ومحمد بن الحسن . وقال الزهرى وأبو حنيفة وأبو يوسف : لا يصح التخيير بحال ، بل ان كان تزوجهن بعقد واحد بطل نكاح الجميع ، ولا يحل له واحدة منهن إلا بعقد مستأنف ، فإن تزوجهن بعقود لزمه نكاح الأربع الأوائل ، وبطل نكاح من بعدهن . دليلنا ما روى عن غيلان بن سلمة فى قصة إسلامه التى أتينا عليها قبل .

(فرع) إذا أسلم وتحته أكثر من أربع نسوة وأسلمن فقد ذكرنا أنه يجب عليه أن يختار الاربع منهن لقوله صلى الله عليه وسلم لغيلان : اختر أربعا ، وهذا أمر ، والامر يدل على الوجوب ؛ فان لم يختر أجبره الحاكم على الاختيار ، لانه لا يجوز له أن يمسك أكثر من أربع ويحبسه ليختار ، فان لم يفعل اخرجه وضربه جلدات دون اقل الجلد ، فان لم يختر اعاده إلى الحبس ، فان لم يفعل اخرجه وضربه ثانيا وعلى هذا يتكرر عليه الحبس والضرب إلى ان يختار ، لأن هذا حق يتعين عليه ، فهو كما لو كان عليه دين وله مال ناض اخفاه فانه يحبس ويعزر الى ان يظهره ليقضى به الدين ، ويجب عليه ان ينفق على جميعهن الى ان يختار لأنهن محبوسات عليه ، فان جن فى حال الحبس اطلق سراحه لانه خرج عن ان يكون من اهل الاختيار ، فاذا افاق اعيد الى الحبس والتعزير ، ولا ينوب الحاكم عنه فى الاختيار ؛ لأنه اختيار شهوة فلم ينب عنه الحاكم .

فان قال لأربع منهن : اخترتكن أو اخترت نكاحكن او اخترت حبسكن

أو أمسكتكن أو أمسكت نكاحكن أو أثبت نكاحكن أو أثبت عقدكن لزم نكاحهن وانفسخ نكاح ما زاد عليهن .

وإن قال لواحدة أو لما زاد على أربع : فسخت نكاحكن انفسخ نكاحهن ولزم نكاح الأربع الباقيات . وإن طلق واحدة أو أربعاً وقع عليها وكان ذلك اختيار لها للزوجية ، لأن ذلك يتضمن الاختيار لأن الطلاق لا يقع إلا فى زوجة وإن قال لواحدة فارقتك أو اخترت فراقك فذكر الشيخان أبو حامد وأبو إسحاق أن ذلك يكون اختياراً انفسخ نكاحها

وقال القاضى أبو الطيب : يكون ذلك اختياراً لها للزوجيه فيقع عليها الفرقة ويعتد بها من الأربع الزوجات ، لأن الفراق صريح فى الطلاق ، فلما كان الطلاق فى واحدة منهن اختيارا لزوجيتها فكذلك لفظ الطلاق صريح فى الطلاق . قال ابن الصباغ : وهذا وإن كان مبنيا على هذا الأصل إلا أنه مخالف للسنة ، لأن النبى صلى الله عليه وسلم قال لغيلان اختر منهن أربعاً وفارق سائرهن . وكذلك حديث نوفل بن معاوية حيث قال له النبى صلى الله عليه وسلم أمسك أربعاً وفارق الأخرى — رواه الشافعى وفى إسناده مجهول — لأن الشافعى يقول حدثنا بعض أصحابنا عن أبى الزناد عن عبد المجيد بن سهل عن عوف بن الحارث عن نوفل بن معاوية .

وهل يكون لفظ الفراق صحيحا كما قلنا إنه صريح فى الطلاق ، فيكون صريحا فى الطلاق وفى الفسخ لأنه حقيقة فيهما ويتخصص بالموضع الذى يقع فيه . فإن كان ظاهر من واحدة منهن أو آلى منها لم يكن ذلك اختياراً لها ، لأنه قد يخاطب به غير الزوجة . وإن وطىء واحدة ففيه وجهان :

(أحدهما) يكون ذلك اختياراً للنكاح ، لأن الظاهر أنه لا يطأ إلا من يختارها للنكاح كما قلنا فى البائع إذا وطىء الجارية المبيعة فى حال الخيار فإنه فسخ للبيع .

(والثانى) لا يكون ذلك اختياراً لها ، لأن ما يتعلق به اصطلاح النكاح لا يكون بالوطء كالرجعية ، فإذا قلنا إنه اختيار للموطوءة للنكاح فوطىء أربعا منهن لزم نكاحهن وانفسخ نكاح البواق . وإذا قلنا لا يكون اختيارا للنكاح

قلنا له : اختر أربعا ، فإن اختار الموطوءة فلا شيء عليه ، وان اختار أربعا غير الموطوءة لزمه للموطوءة مهر مثلها

* * *

(فرع) وان قال : كلما أسلمت واحدة منكن فقد اخترت نكاحها لم يصح ، لأن الاختيار كابتداء العقد ، فلا يجوز تعليقه على صفة . قال الشافعي رضى الله عنه : كلما أسلمت واحدة منكن فقد اخترت فسخ نكاحها . لم يكن شيئا إلا أنه يريده طلاقا ، وجملة ذلك أن الرجل إذا أسلم وتحته أكثر من أربع زوجات فقال : كلما أسلمت واحدة منكن فقد اخترت فسخ نكاحها ، فإن أراد به الفسخ لم يصح لأن الفسخ لا يصح تعليقه بالصفات ؛ فهو كما لو أسلمن وقال لكل واحدة ، إذا طلعت الشمس فقد فسخت نكاحك ،

وإن نوى به الطلاق ، أو قال كلما أسلمت واحدة منكن فهي طالق ، فاختلف أصحابنا فيه ، فمنهم من قال بظاهر كلام الشافعي ، وقال يصح ذلك لأن الطلاق يصح تعليقه على الصفات ، فإذا أسلم أربع منهن وقع عليهن الطلاق ، وكان ذلك اختيارا لزوجتين ، ومنهم من قال لا يصح ولا يتعلق بهذا حكم

قال الشيخ أبو حامد ، وهو المذهب ، لأن هذا يتضمن اختيارا للزوجة . والاختيار لا يصح تعليقه بالصفة ، ومن قال بهذا تأول كلام الشافعي ثلاثة تأويلات .

(أحدها) أنه اذا أسلم الرجل وليس عنده إلا أربع زوجات حرائر وتأخر إسلامهن فقال كلما أسلمت واحدة منكن فقد اخترت فسخ نكاحها ، فإن أراد به الفسخ لم يصح لأن الفسخ لا يصح الا فيمن تفضل عن الاربع ، وان أراد به الطلاق صح لأنه يلزمه نكاح جميعهن والطلاق يصح تعليقه بالصفات

(والتأويل الثاني) أنه أراد اذا أسلم وتحته أكثر من أربع زوجات ، فكلما أسلمت واحده منهن قال لها فسخت نكاحك ونوى به الطلاق فيصح ذلك ويكون طلاقا واختيارا لها ، فيكون الشرط من كلام الشافعي لا من كلام الزوج ،

والتأويل الثالث : أنه أراد إذا أسلم رجل وعنده ثماني زوجات فأسلم أربع منهن فاختار نكاحهن لزمه نكاحهن ، ثم قال بعد ذلك للباقيات : كلما أسلمت واحدة منكن فقد اخترت فسخ نكاح واحدة من زوجاتي اللاتي اخترت نكاحهن فإن أراد به الفسخ لم يصح ، وإن أراد به الطلاق صح ، فكلما أسلمت واحدة من الباقيات طلقت واحدة من الزوجات .

قال ابن الصباغ : والطريقة الأولى أظهر والتأويل يبعد ، لأن الطلاق يصح تعليقه بالصفات والاختيار تابع .

(فرع) وإن أسلم وأسلمن ثم ارتد لم يصح اختياره ، وكذلك إذا رجعن إلى الردة لم يصح اختيارهن ولا واحدة منهن ، لأن الردة تنافي ابتداء النكاح فكذلك الاختيار ، وإن أسلم وأحرم فالمنصوص أنه يصح اختياره كما تصح رجعته ، ومنهم من قال : إن أسلم وأحرم فالمنصوص في الأم أنه يصح اختياره ، فمن أصحابنا من قال : فيه قولان . أحدهما : لا يصح اختياره كما لا يصح نكاحه . والثاني : يصح اختياره كما تصح رجعته ، ومنهم من قال : إن أسلم وأحرم ثم أسلمن لم يصح اختياره كما لا يصح نكاحه ، وإن أسلم وأسلمن ثم أحرم صح اختياره ، لأن الإحرام طرأ بعد ثبوت الاختيار .

قال المصنف رحمه الله :

(فصل) وإن مات قبل أن يختار لم يقم وارثه مقامه ؛ لأن الاختيار يتعلق بالشهوة فلا يقوم فيه غيره مقامه ، وتجب على جميعهن العدة ، لأن كل واحدة منهن يجوز أن تكون من الزوجات ، فمن كانت حاملا اعتدت بوضع الحمل ومن كانت من ذوات الشهر اعتدت بأربعة أشهر وعشر ، ومن كانت من ذوات الأقراء اعتدت بالأقصى من الأجلين من ثلاثة أقراء ، أو أربعة أشهر وعشر ، ليسقط الفرض بيقين ويوقف ميراث أربع نسوة إلى أن يصطلحن ، لأنا نعلم أن فيهن أربع زوجات ، وإن كان عددهن ثمانية فجاء أربع يطلبن الميراث لم يدفع إليهن شيء لجواز أن تكون الزوجات غيرهن ، وإن جاء خمس دفع إليهن ربع الموقوف لأن فيهن زوجة بيقين ، ولا يدفع إليهن إلا بشرط أنه لم يبق لهن حق ليمكن

صرف الباقي إلى باقي الورثة ، وإن جاء ست دفع اليهن نصف الموقوف لأن فيهن زوجتين بيقين ؛ وعلى هذا القياس ، وإن كان فيهن أربع كتابيات ففيه وجهان .

(أحدهما) وهو قول ابي القاسم الداركي انه لا يوقف شيء ، لأنه لا يوقف إلا ما يتحقق استحقاقه ويجهل مستحقه ، وههنا لا يتحقق الاستحقاق لجواز ان تكون الزوجات الكتابيات فلا يرثن .

(والثاني) يوقف لانه لا يجوز ان يدفع إلى باقي الورثة إلا ما يتحقق انهم يستحقونه ، ويجوز ان يكون المسلمات زوجاته فلا يكون الجميع لباقي الورثة .

(الشرح) الأحكام : اذا اسلم رجل حر وعنده اكثر من اربع زوجات حرائر واسلمن معه ، فمات قبل ان يختار اربعاً ، فإن الوارث لا يقوم مقامه في الاختيار لأنه اختيار شهوة ، والوارث لا ينوب منابه في الشهوة فلزمهن العدة فإن كن حوامل لم تنقض عدتهن إلا بوضع الحمل ، لان من كانت منهن زوجة فهي متوفى عنها زوجها ، وعدة المتوفى عنها زوجها تنقضي بوضع الحمل ، وإن كن حوائل - فإن كن من ذوات الشهور - لم تنقض عدتهن الا بأربعة اشهر وعشر لأن من كانت منهن زوجة فهي موطوءة بشبهة فعدتها ثلاثة اشهر ، ولا تنقص الزوجات من غيرهن فلزمهن اربعة اشهر وعشر ليسقط الفرض بيقين ، وان كن من ذوات الاقراء لزم كل واحدة منهن ان تعتد بأقصى الاجلين من اربعة اشهر وعشر او ثلاثة اقراء ، لأن عدة المتوفى عنها زوجها اربعة اشهر وعشراً وعدة الموطوءة بشبهة ثلاثة اقراء .

فإن كانت قبل مضى اربعة اشهر وعشرا لزمها استكمال العدة اربعة اشهر وعشرا ليسقط الفرض بيقين كما قلنا فيمن نسي صلاة من خمس صلوات لا يعرفها بعينها ، ، وان كان بعضهن حوامل وبعضهن من ذوات الشهور ؛ وبعضهن من ذوات الاقراء لزم كل واحدة حكم نفسها فيما ذكرنا من ذلك ويوقف لهن من ماله ميراث اربع زوجات وهو الربع مع عدم الولد والثمن مع الولد ، لأن فيهن اربع زوجات بيقين ، وان لم يعرفهن بأعيانهن ، فإن اصطلحن فيه ، فإن كن ثمان نسوة فأخذت كل واحدة منهن ثمن الموقوف او تفاضلن فيه برضاهن صح عن

الشافعى رضى الله عنه ، فإن كان فيهن مولاة عليها إما لأنها صغيرة أو مجنونة لم يصح لوليها أن يصالح عنها بأقل من ثمن الموقوف لأنها تستحق هذا القدر فى الظاهر ، فلا يجوز أن يصالح عنها على أقل منه .

قال الشافعى رضى الله عنه فى الام : فإن جاءت منهن واحدة إلى الحاكم فطالب حقها من الميراث لم يدفع اليها شيء لانه يمكن أن لا تكون زوجة وكذلك إن جاء اثنتان أو ثلاث أو أربع فان جاء خمس دفع اليهن ربع الموقوف لانا نتيقن أن فيهن زوجة .

قال أكثر أصحابنا : إلا أنه لا يدفع ذلك اليهن إلا بشرط أنه لم يبق لهن حق فى الباقى من الموقوف ليمكن صرفه إلى الثلاث الباقيات إن طلبنه لانه إذا لم يشرط عليهن ذلك كان حقهن متعلقاً به فيؤدى الى أن يأخذن نصيب زوجة بيقين ، وحقهن بالباقى ، وكذلك ان جاء ست دفع اليهن نصف الموقوف بهذا الشرط ، ودفع الباقى الى الاخيرتين ان طلبتاه ، وان جاء سبع منهن دفع اليهن ثلاثة أرباع الموقوف بهذا الشرط ، ودفع الباقى منه الى الثامنة ان طلبت ذلك .

قال ابن الصباغ : وهذا فيه نظر ، وذلك أن من يعطى من الميراث اليقين لا يسقط بذلك حقه مما يجوز أن يستحقه كما لو خلف زوجة وحملا فانا نعطى الزوجة اليقين ، ونوقف الباقى ، ولا يسقط حقها منه . وان أسلم وتحته أربع زوجات كتابيات وأربع وثنيات فأسلم الوثنيات معه ثم مات قبل أن يختار ، ففيه وجهان (أحدهما) لا يوقف شيء من تركته بل يدفع الجميع الى باقى ورثته لأنه لا يوقف الا ما يتيقن استحقاقه على باقى الورثة ، ويجهل من يستحقه ، وههنا يجوز ان يكون الزوجات هن الكتابيات (والثانى) يجوز ان يكون المسلمات هن الزوجات .

قال المصنف رحمه الله :

(فصل) وان اسلم وتحته اختان ، او امرأة وعمتها ، او امرأة وخالتها ، واسلمتا معه لزمه ان يختار احداهما ، لما روى « ان ابن الديلمى اسلم وتحته اختان فقال له النبي صلى الله عليه وسلم : اختر أيتهما شئت وفارق الأخرى » وان اسلم

وتحته أم وبنت وأسلمتا معه ؛ لم يخل إما أن لا يكون قد دخل بواحدة منهما أو دخل بهما أو دخل بالأم دون البنت أو بالبنت دون الأم ، فإن لم يكن دخل بواحدة منهما ففيه قولان .

(أحدهما) يمسك البنت وتحرم الأم ، وهو اختيار المزنى ، لأن النكاح فى الشرك كالنكاح الصحيح ، بدليل أنه يقر عليه والأم تحرم بالعقد على البنت ؛ وقد وجد العقد ، والبنت لا تحرم إلا بالدخول بالأم ، ولم يوجد الدخول .

(والقول الثانى) وهو الصحيح أنه يختار من شاء منهما ، لأن عقد الشرك إنما تثبت له الصحة إذا انضم اليه الاختيار ؛ فإذا لم ينضم اليه الاختيار فهو كالمعدوم ، ولهذا لو أسلم وعنده أختان واختار إحداهما جعل كأنه عقد عليها ولم يعقد على الأخرى ، فاذا اختار الأم صار كأنه عقد عليها ولم يعقد على البنت ، واذا اختار البنت صار كأنه عقد عليها ولم يعقد على الأم ، فعلى هذا إذا اختار البنت حرمت الأم على التأبيد ، لأنها أم إمرأته ، وان اختار الأم حرمت البنت تحريم جمع لأنهابنت إمرأة لم يدخل بها، وإن دخل بهاحرمت البنت بدخوله بالأم وأما الأم فان قلنا : إنها تحرم بالعقد على البنت حرمت لعلتين بالعقد على البنت وبالدخول بها .

وإن قلنا : إنها لا تحرم بالعقد حرمت بعلة وهى الدخول ، وإن دخل بالأم دون البنت — فان قلنا : إن الام تحرم بالعقد على البنت — حرمت الام بالعقد على البنت وحرمت البنت بالدخول بالأم ، وإن قلنا : ان الأم لا تحرم بالعقد على البنت حرمت البنت بالدخول بالأم وثبت نكاح الأم ، وان دخل بالبنت دون الأم ثبت نكاح البنت وانفسخ نكاح الأم وحرمت فى أحد القولين بالعقد وبالدخول ، وفى القول الاخر بالدخول .

(الشرح) حديث ابن الديلمى لعله فيروز فى رواية ابنه الضحاك عند الشافعى وأحمد والترمذى وحسنه والدارقطنى وابن حبان وصححه ، عن الضحاك عن أبيه قال « أسلمت وعندى امرأتان أختان فأمرنى النبى صلى الله عليه وسلم أن أطلق احداهما » وفى لفظ الترمذى « اختر أيتهما شئت » .

فاذا أسلم وعنده أختان اختار احداهما وفارق الاخرى وكذلك اذا أسلم وعنده امرأة وعمتها أو امرأة وخالتها وأسلمتا اختار احداهما لأنه لا يجوز الجمع بينهما فهما كالاختين ، وقد مضى كلامنا على الاحاديث الواردة فى ذلك .

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) وان أسلم وتحته أربع اماء فأسلمن معه فان كان ممن يحل له نكاح الامة اختار واحدة منهن لانه يجوز أن يبتدىء نكاحها فجاز له اختيارها كالحرة وان كان ممن لا يحل له نكاح الامة لم يجز أن يمسك واحدة منهن .

وقال أبو ثور : يجوز لأنه ليس بابتداء النكاح فلا يعتبر فيه عدم الطول وخوف العنت كالرجعة وهذا خطأ ، لانه لا يجوز له ابتداء نكاحها فلا يجوز له اختيارها كالأم والاخت ويخالف الرجعة ، لان الرجعة سد ثلمة فى النكاح ، والاختيار اثبات النكاح فى المرأة ، فصار كابتداء العقد ، وان أسلم وتحته اماء وهو موسر فلم يسلمن حتى أعسر ثم أسلمن فله أن يختار واحدة منهن ، لان وقت الاختيار عند اجتماع اسلامه واسلامهن ، وهو فى هذا الحال ممن يجوز له نكاح الأمة ، فكان له اختيارها ، وان أسلم بعضهن وهو موسر وأسلم بعضهن وهو معسر ، فله أن يختار من اجتمع اسلامه واسلامها وهو معسر ، ولا يختار من اجتمع اسلامه واسلامها وهو موسر اعتباراً بوقت الاختيار .

(فصل) وان أسلم وعنده أربع اماء فأسلمت منهن واحدة ، وهو ممن يجوز له نكاح الإماء فله أن يختار المسلمة وله أن ينتظر اسلام البواقى ليختار من شاء منهن ؛ فان اختار فسخ نكاح المسلمة لم يكن له ذلك ، لان الفسخ انما يكون فيمن فضل عمن يلزمه نكاحها ، وليس ههنا فضل ، فان خالف وفسخ ولم يسلم البواقى لزم نكاح المسلمة ، وبطل الفسخ ، وان أسلمن فله أن يختار واحدة ، فان اختار نكاح المسلمة التى اختار فسخ نكاحها ، ففيه وجهان .

(أحدهما) ليس له ذلك لانا منعنا الفسخ فيها لانها لم تكن فاضلة عمن يلزم فيها النكاح ، وباسلام غيرها صارت فاضلة عمن يلزم نكاحها ، فثبت فيها الفسخ

(والثانى) وهو المذهب ــ أن له أن يختار نكاحها لأن اختيار الفسخ كان قبل وقته ، فكان وجوده كعدمه ، كما لو اختار نكاح مشركة قبل إسلامها .

(فصل) وإن أسلم وعنده حرة وأمة وأسلمتا معه ثبت نكاح الحرة وبطل نكاح الأمة ، لأنه لا يجوز أن يبتدىء نكاح الأمة مع وجود حرة ، فلا يجوز أن يختارها ، فإن أسلم وأسلمت الأمة معه وتخلفت الحرة فان أسلمت قبل انقضاء العدة ثبت نكاحها وبطل نكاح الأمة كما لو أسلمتا معاً ، وان انقضت العدة ولم تسلم بانت باختلاف الدين ، فإن كان ممن يحل له نكاح الأمة فله أن يمسكها .

(فصل) وإن أسلم عبد وتحته أربع فأسلمن معه لزمه أن يختار اثنتين فان أعتق بعد إسلامه وإسلامهن لم تجز له الزيادة على اثنتين لأنه ثبت له الاختيار وهو عبد وإن أسلم وأعتق ثم أسلمن أو أسلمن وأعتق ثم أسلم لزم نكاح الأربع لأنه جاء وقت الاختيار وهو ممن يجوز له أن ينكح أربع نسوة .

(الشرح) قوله : سد الثلمة يعنى جبر الخلل يقال ثلمته أثلمه وبابه ضرب وفى السيف ثلم وفى الإناء ثلم إذا كسر من شفته .

أما الأحكام : فإنه إذا أسلم الحر وتحته أربع زوجات اماء وأسلمن معه بعد الدخول ، فان كان عادما لطول حرة خائفاً للعنت لزمه أن يختار واحدة منهن ، وان كان واجداً لطول حرة او آمناً من العنت لم يجز له ان يختار منهن واحدة . وقال ابو ثور : له أن يختار واحدة منهن بكل حال ، لان الاختيار ليس بابتداء نكاح وانما هو كالرجعة ، وهذا ليس بصحيح لانه لا يجوز له النكاح للأمة ، فلا يحل له اختيار نكاحها كالمعتدة .

اذا ثبت هذا : فإن اسلم وهو موسر فلم يسلمن معه حتى اعسر فله ان يختار واحدة منهن اعتباراً بوقت اجتماع اسلامه واسلامهن ، وان اسلم وهو معسر فلم يسلمن حتى ايسر لم يكن له ان يختار واحدة منهن ، وان اجتمع اسلامه واسلام بعضهن وهو موسر واجتمع اسلامه واسلام بعضهن وهو معسر فله ان يختار ممن اجتمع اسلامه واسلامهن فى حال الإعسار دون يساره ، وان اسلم واسلمت واحدة منهن وتخلف ثلاث فى الشرك فله ان يختار المسلمة ، وله ان ينتظر اسلام

الثلاث الباقيات ، لأنه قد يكون له غرض فى ذلك ، فإن اختار نكاح المسلمة لزمه نكاحها ، فان لم يسلم الباقيات حتى انقضت عدتهن انفسخ نكاحهن من وقت اسلامهن وكان ابتداء عدتهن من ذلك الوقت ، وان أسلمن قبل انقضاء عدتهن انفسخ نكاحهن وقت اختيار الأولة ، وكان ابتداء عدتهن من ذلك الوقت ، فان ماتت المسلمة بعد اختيار نكاحها فليس له أن يختار واحدة من الباقيات ، وان لم يختر المسلمة الأولة نظرت ، فإن لم يسلم الباقيات حتى انقضت عدتهن لزمه نكاح المسلمة وانفسخ نكاح الباقيات من وقت اسلامه وابتداء عدتهن من ذلك الوقت وهكذا لو أسلم وتحته ثمان نسوة دخل بهن وأسلم منهن أربع وتخلف أربع فله أن يختار نكاح الأربع المسلمات ، وله أن ينتظر اسلام الباقيات ، فإذا اختار كان الحكم فى وقت الفسخ ووقت العدة ما ذكرناه فى التى قبلها ، فان طلق الأمة المسلمة أولا أو الاربع الحرائر المسلمات قبل اسلام الباقيات صح طلاقه ، وكان ذلك اختياراً لمن طلق ، وان أراد أن يفسخ نكاح المسلمه أولا أو الأربع المسلمات قبل اسلام الباقيات لم يكن له ذلك ، لان الفسخ انما يكون فيمن فضل عمن يلزمه نكاحه ، ويجوز أن لا يسلم الباقيات ، فيلزمه نكاح من قد أسلم ، فان خالف وفسخ نكاح من أسلم نظرت ، فان لم يسلم الباقيات لم يصح الفسخ ولزمه نكاح من فسخ نكاحه . وان أسلم الباقيات نظرت ، فان اختار نكاح واحدة من الثلاث الاماء أو الأربع الحرائر المسلمات لزمه نكاح من اختار نكاحه وانفسخ نكاح الباقيات ، وان اختار نكاح الامة المسلمة أو الاربع الحرائر أولا ففيه وجهان .

(أحدهما) يصح اختياره ، لان فسخه الاول لم يحكم بصحته .

(والثانى) لا يصح ، لأنا انما لم نحكم بصحة فسخه لأنها لم تكن فاضلة عمن يلزمه نكاحها ، وباسلام الباقيات صار من فسخ نكاحها فاضلا والاول أصح .

(مسألة) اذا نكح الحر ثمانى زوجات فى الشرك ، فأسلم وأسلم منهن أربع وتخلف أربع ، ثم مات الاربع المسلمات أو بعضهن ثم أسلم الاربع الباقيات قبل انقضاء عدتهن ، فله أن يختار الأربع الموتى للنكاح ، لأن الاختيار ليس هو

ابتداء عقد ، وإنما يتعين به من كانت زوجة ولأن الاعتبار بالاختيار حال ثبوته وقد كن أحياء ذلك الوقت .

(فرع) إذا تزوج وثنية ثم أسلمت وتخلف الزوج فى الشرك فتزوج أختها فان أسلم بعد انقضاء عدة الأولة انفسخ نكاح الأولة وثبت نكاح الثانية إن أسلمت معه قبل انقضاء عدتها ، وإن أسلم الزوج قبل انقضاء عدة الأولة وأسلمت معه الثانية ، اختار أيتهما شاء .

* * *

(فرع) إذا كان تحته ثمان زوجات فأسلم وأسلمن معه — فقد قلنا : إذا طلق واحدة كان ذلك اختياراً لزوجيتها ، وإن ظاهر من واحدة أو آلى منها أو قذفها لم يكن ذلك اختياراً لها ، لأنه قد يخاطب به غير الزوجة ، فيكون ذلك موقوفا — فإن لم يختر التى ظاهر منها أو آلى لم يصح ظهاره ولا إيلاؤه ، وإن اختارها للنكاح تبينا أن ظهاره أو إيلاؤه صحيح .

وأما المقذوفة : فإن لم يخترها للنكاح ، وجب عليه الحد بقذفها ، ولا يسقط إلا بالبينة ، وان اختارها للنكاح تبينا أنها كانت زوجة ، وله أن يسقط حد قذفها بالبينة أو باللعان ، وان أسلم وتخلفن فى الشرك فطلق واحدة منهن أو ظاهر منها أو آلى أو قذفها ، فان لم يسلمن حتى انقضت عدتهن لم يكن لطلاقه وظهاره وايلائه حكم ، ويجب عليه التعزير للمقذوفه ، وان أسلمن قبل انقضاء عدتهن .

قال الشيخ أبو حامد الاسفرايينى : فان اختار التى طلق أو ظاهر منها أو آلى وقع عليها الطلاق والظهار والايلاء . ويلزمه التعزير بقذفها ، وله أن يسقطه بالبينة أو باللعان ؛ وان لم يخترها فانها أجنبية منه فلا يقع عليها طلاق ولا ظهار ولا ايلاء ويلزمه بقذفها التعزير ، ولا يسقط الا بالبينة .

قال ابن الصباغ فى الشامل : وفى هذا عندى نظر ، بل يجب اذا أسلمت المطلقة أن يقع عليها الطلاق ، ويكون ذلك اختياراً لها لان هذا الطلاق اذا كان يقع عليها مع اختياره وقع عليها باسلامها .

قال المصنف رحمه الله تعالى

﴿ فصل ﴾ وان تزوج امرأة معتدة من غيره وأسلما فان كان قبل انقضاء العدة لم يقرا على النكاح ، لأنه لا يجوز له أن يبتدىء نكاحها فلا يجوز اقراره على نكاحها ، وان كان بعد انقضاء العدة أقرا عليه ، لانه يجوز أن يبتدىء نكاحها ، وان أسلما وبينهما نكاح متعة لم يقرا عليه ، لانه ان كان بعد انقضاء المدة لم يبق نكاح ، وان كان قبله لم يعتقدا تأبيده ؛ والنكاح عقد مؤبد ، وان أسلما على نكاح شرط فيه الخيار لهما أو لاحدهما متى شاء لم يقرا عليه ، لانهما لايعتقدان لزومه والنكاح عقد لازم ، وان أسلما على نكاح شرط فيه خيار ثلاثة أيام - فان كان قبل انقضاء المدة - لم يقرا عليه ؛ لانهما لايعتقدان لزومه ، وان كان بعد انقضاء المدة اقرا عليه لانهما يعتقدان لزومه ، وان طلق المشرك امرأته ثلاثا ثم تزوجها قبل زوج ثم أسلما لم يقرا عليه ، لانها لا تحل له قبل زوج ، فلم يقرا عليه كما لو أسلم وعنده ذات رحم محرم ، وان قهر حربي حربية ثم أسلما - فان اعتقدا ذلك نكاحا - أقرا عليه لانه نكاح لهم فيمن يجوز ابتداء نكاحها فأقرا عليه ، كالنكاح بلا ولى ولا شهود ، وان لم يعتقدا ذلك نكاحا لم يقرا عليه لانه ليس بنكاح .

﴿ فصل ﴾ اذا ارتد الزوجان أو أحدهما - فان كان قبل الدخول - وقعت الفرقة ، وان كان بعد الدخول وقعت الفرقة على انقضاء العدة ، فان اجتمعا على الاسلام قبل انقضاء العدة فهما على النكاح ؛ وان لم يجتمعا وقعت الفرقة ، لأنه انتقال من دين الى دين يمنع ابتداء النكاح ، فكان حكمه ما ذكرناه كما لو أسلم أحد الوثنيين .

﴿ فصل ﴾ وان انتقل الكتابي الى دين لا يقر أهله عليه لم يقر عليه ، لانه لو كان على هذا الدين فى الاصل لم يقر عليه ، فكذلك اذا انتقل اليه ، وما الذى يقبل منه ؟ فيه ثلاثة أقوال .

(أحدها) يقبل منه الاسلام أو الدين الذى كان عليه ، أو دين يقر عليه أهله ، لان كل واحد من ذلك مما يجوز الاقرار عليه .

(والثانى) لا يقبل منه الا الاسلام لانه دين حق ، أو الدين الذى كان عليه

لأنا أقررناه عليه (والثالث) لا يقبل منه إلا الإسلام وهو الصحيح، لأنه اعترف ببطلان كل دين سوى دينه، ثم بالانتقال عنه اعترف ببطلانه، فلم يبق إلا الاسلام، وإن انتقل الكتابي إلى دين يقر أهله عليه ففيه قولان.

(أحدهما) يقر عليه، لأنه دين يقر أهله عليه فأقر عليه كالاسلام.

(والثاني) لا يقر عليه لقوله عز وجل «ومن يبتغ غير الاسلام دينا فلن يقبل منه» فعلى هذا فيما يقبل منه قولان. أحدهما: يقبل منه الاسلام أو الدين الذى كان عليه. والثاني: لا يقبل منه إلا الاسلام لما ذكرناه. وكل من انتقل من الكفار إلى دين لا يقر عليه فحكمه فى بطلان نكاحه حكم المسلم إذا ارتد.

(فصل) وان تزوج كتابى وثنية ففيه وجهان. أحدهما وهو قول أبى سعيد الاصطخرى: أنه لا يقر عليه لأن كل نكاح لم يقر عليه المسلم لم يقر عليه الذمى كنكاح المرتدة. والثاني: وهو المذهب أنه يقر عليه لأن كل نكاح أقر عليه بعد الاسلام أقر عليه قبله كنكاح الكتابية.

(الشرح) اذا تزوج معتدة من غيره، فان أسلما قبل انقضاء عدتها من الأول لم يقرا على النكاح لأنه لا يجوز له ابتداء نكاحها فلم يجز إقراره عليه كذوات محارمه، وإن أسلما بعد انقضاء عدتها من الأول أقرا على النكاح لأنه لا يجوز له ابتداء نكاحها فأقرا عليه.

(فرع) إذا نكح مشرك مشركة نكاح متعة ثم أسلما لم يقرا عليه لأنهما ان أسلما قبل انقضاء المدة التى شرطها فهما لا يعتقدان لزومه الآن بعد انقضائها، وإن أسلما بعد انقضائها فهما لا يعتقدان لزومه.

قال الشافعى رضى الله عنه: فان أبطلا بعد العقد المتعة وجعلا العقد مطلقاً لم يؤثر ذلك، لأنه حالما عقداه كانا يعتقدان أنه لا يدوم بينهما فلم يتغير ذلك الحكم بما طرأ من الشرط، وهكذا لو تزوجها على أن لهما أو لأحدهما الخيار فى فسخ النكاح متى شاء ثم أسلم لم يجز إقرارهما عليه، لانهما لا يعتقدان لزومه، فان اتفقا على إسقاط الشرط لم يؤثر ذلك، ولم يقرا عليه لما ذكرناه، وان شرطا بينهما خيار ثلاثة أيام، فإن أسلما قبل الثلاث لم يقرا عليه، لانهما لا يعتقدان لزومه، وإن أسلما بعد الثلاث أقرا عليه لانهما يعتقدان لزومه.

(فرع) قال فى الأم : وان قهر حربى حربية على نفسها فوطئها أو طاوعته فوطئها ثم أسلما لم يقر على ذلك إذا كانا لا يعتقدان ذلك نكاحا . قال أصحابنا : فإن اعتقدا ذلك نكاحا وأسلما أقرا عليه لأنه لا يجوز لبعض أهـل الذمة أن يقهر بعضاً ، لأن على الإمام الذب عنهم .

(مسألة) إذا ارتد أحد الزوجين - فإن كان قبل الدخول - انفسخ نكاحهما وقال داود : لا ينفسخ . دليلنا قوله تعـالى « ولا تمسكوا بعصم الكوافر » ولأن هذا اختلاف دين يمنع الإصابة فانفسخ به النكاح كما لو أسلمت الذمية تحت كافر وان ارتد أحدهما بعد الدخول وقف النكاح على انقضاء عدة الزوجه ، فإن رجع المرتد منهما قبل انقضاء عدتها فهما على النكاح . وان انقضت عدتها قبل أن يسلم المرتد منهما بانت منه بردة المرتد منهما ، وبه قال أحمد وإحدى الروايتين عن مالك

وقال أبو حنيفة : ينفسخ النكاح فى الحال ، وهى الرواية الاخرى عن مالك دليلنا أن هذا اختلاف دين بعد الدخول فلا يوجب الفسخ فى الحال كما لو أسلمت الحربية تحت الحربى ، وإن ارتدا معاً - فإن كان قبل الدخول - انفسخ النكاح بينهما ، وان كان بعد الدخول وقف الفسخ على انقضاء عدة الزوجة ، فإن رجعا إلى الاسـلام قبل انقضائها فهما على النكاح ، وان انقضت قبل إسلامهما بانت منه بالردة ، وبه قال مالك وأحمـد رضى الله عنهما . وقال أبو حنيفة : لا ينفسخ العقد استحساناً ، دليلنا أنها ردة طـارئة على النكاح فوجب أن يتعلق بها فسخه كما لو ارتد أحدهما .

(فرع) إذا ارتدت الزوجة بعد الدخول فطلقها الزوج ثلاثاً - فإن انقضت العدة قبل أن ترجع إلى الاسلام - تبينا أنها بانت بالردة ، ولم يقع عليها طلاق ، وإن رجعت إلى الاسلام قبل انقضاء العدة ، تبينا أنها كانت زوجة وقت الطلاق ووقع عليها . وإن تزوج أختها أو عمتها بعد الطلاق أو خالتها بعد الطلاق صح بكل حال ، لانها إما بائن منه بالردة أو بالطلاق ؛ وان تزوج أختها أو عمتها بعد الردة وقبل الطلاق فى العدة لم يصح ، لجواز أن ترجع الى الاسلام فتكون زوجة .

(فرع) وان ارتدت زوجة رجـل بعد الدخول عليه ، وله امرأة صغيرة فارضعتها أم المرتدة قبل انقضاء عدة المرتدة خمس رضعات متفرقات ، فإن رجعت

المرتدة الى الاسلام قبل انقضاء عدتها انفسخ نكاح الصغيرة وفى الكبيرة قولان وان لم ترجع الى الاسلام بانت بالردة ، ولم ينفسخ نكاح الصغيرة ، وان أرضعتها الكبيرة أو بنتها انفسخ نكاح الصغيرة بكل حال .

-(مسألة) اذا انتقل اليهودى أو النصرانى الى دين لا يقر أهله عليه ، لم يقر عليه ، كما لا يقر أهله عليه وما الذى يقبل منه ؟ فيه ثلاثة أقوال .

(أحدها) الاسلام أو الدين الذى كان عليه أو دين يقر أهله عليه ، لان كل دين من ذلك يقر أهله عليه .

(والثانى) لا يقبل منه الا الاسلام ، لانه الدين الحق ؛ أو الدين الذى كان عليه ، لانا قد أقررناه عليه .

(والثالث) وهو الاصح ، أنه لا يقبل منه الا الاسلام ، لانه قد اعترف ببطلان كل دين فلم يقبل الا الاسلام فإن انتقل الى دين يقر أهله عليه فهل يقر عليه فيه قولان مضى توجيههما ، فإن قلنا : لا يقر عليه فهل يقبل منه الدين الذى كان عليه أو لا يقبل منه الا دين الاسلام ، فيه قولان مضى توجيههما ، وكل موضع قلنا : لا يقبل منه ما انتقل اليه فحكمه فى النكاح حكم المرتد وقد مضى بيانه .

(مسألة) اذا تزوج الكتابى بكتابية أقرا عليه قبل أسلامهما وبعد اسلامهما وان تزوج الكتابى وثنية أو مجوسية ـ فإن أسلما ـ أقرا عليه بلا خلاف ، لان غيلان بن سلمة اسلم وتحته عشر نسوة فأسلمن معه ، فأمره النبى صلى الله عليه وسلم ان يختار منهن اربعاً ، ولم يسأله هل هن كتابيات او غير كتابيات ، فدل على ان الحكم لا يختلف ، وان ترافعا الينا قبل الاسلام ففيه وجهان .

قال ابو سعيد الاصطخرى لا يقران عليه لان كل نكاح لم يقر عليه المسلم لم يقر عليه الكتابى كالمرتد . والثانى ـ وهو المذهب ـ انهما يقران عليه ، لأن كل نكاح اقرا عليه اذا أسلما أقرا عليه اذا لم يسلما كنكاح الكتابية ويخالف المسلم فإن الكافر انتصر من المسلم لجاز له استدامة نكاح المجوسية والوثنية ـ وان لم يجز ذلك للمسلم ـ كما قلنا فى العبد : يجوز له تزويج الأمة ولا يعتبر فيه خوف العنت ؛ وعدم الطول ، والله تعالى اعلم .

قال المصنف رحمه الله :

﴿ فصل ﴾ إذا أسلم الوثنيان قبل الدخول ثم اختلفا فقالت المرأة : أسلم أحدنا قبل صاحبه فانفسخ النكاح ، وقال الزوج : بل أسلمنا معاً ، فالنكاح على حاله ، ففيه قولان .

(أحدهما) أن القول قول الزوج ، وهو اختيار المزني ، لأن الأصل بقاء النكاح (والثاني) أن القول قول المرأة ، لأن الظاهر معها ، فإن اجتماع اسلامهما حتى لا يسبق أحدهما الآخر متعذر .

قال في الأم : إذا أقام الزوج بينة أنهما أسلما حين طلعت الشمس ، أو حين غربت الشمس ، لم ينفسخ النكاح لاتفاق إسلامهما في وقت واحد ، وهو عند تكامل الطلوع أو الغروب ، فإن أقام البينة أنهما أسلما حال طلوع الشمس أو حال غروبها انفسخ نكاحهما ، لأن حال الطلوع والغروب من حين يبتدىء بالطلوع والغروب إلى أن يتكامل وذلك مجهول . وإن أسلم الوثنيان بعد الدخول واختلفا ، فقال الزوج : أسلمت قبل انقضاء عدتك فالنكاح باق . وقالت المرأة بل أسلمت بعد انقضاء عدتي ، فلا نكاح بيننا ، فقد نص الشافعي رحمه الله تعالى على أن القول قول الزوج ، ونص في مسئلتين على أن القول قول الزوجة ، إحداهما إذا قال الزوج للرجعية : راجعتك قبل انقضاء العدة ، فنحن على النكاح . وقالت الزوجة : بل راجعتني بعد انقضاء العدة ؛ فالقول قول الزوجة . والثانية إذا ارتد الزوج بعد الدخول ثم أسلم . فقال : أسلمت قبل انقضاء العدة فالنكاح باق . وقالت المرأة بل أسلمت بعد انقضاء العدة فالقول قول المرأة . فن أصحابنا من نقل جواب بعضها إلى بعض ، وجعل في المسائل كلها قولين .

(أحدها) أن القول قول الزوج لأن الأصل بقاء النكاح .

(والثاني) أن القول قول الزوجة ، لأن الأصل عدم الاسلام والرجعة . ومنهم من قال : هي على اختلاف حالين ، فالذي قال : إن القول قول الزوج إذا سبق بالدعوى ، والذي قال : القول قول الزوجة إذا سبقت بالدعوى ، لأن قول كل واحد منهما مقبول فيما سبق اليه ، فلا يجوز إبطاله بقول غيره .

ومنهم من قال : هى على اختلاف حالين على وجه آخر ؛ فالذى قال : القول قول الزوج ، أراد إذا اتفقا على صدقه فى زمان ماادعاه لنفسه ، بأن قال أسلمت وراجعت فى رمضان ، فقالت المرأة : صدقت ، لكن انقضت عدتى فى شعبان ، فالقول قول الزوج باتفاقهما على الاسلام بالرجعة فى رمضان ، واختلافهما فى انقضاء العدة ، والذى قال : القول قول المرأة إذا اتفقا على صدقها فى زمان ما ادعته لنفسها ؛ بأن قالت : انقضت عدتى فى شهر رمضان ؛ فقال الزوج لكن راجعت أو أسلمت فى شعبان ، فالقول قول المرأة لاتفاقهما على انقضاء العدة فى رمضان ، واختلافهما فى الرجعة والاسلام .

(الشرح) إذا أسلم الزوج بعد الدخول وتخلفت الزوجة فلا نفقة لها ، وإن أسلمت الزوجة ولم يسلم فعليه نفقتها ، فإن اختلفا فقالت الزوجة : أسلمت أنا وأقمت أنت على الشرك فأنا استحق عليك النفقة ، وقال الزوج : بل أسلمت أنا ولم تسلمى أنت فلا نفقة لك علىّ : ففيه وجهان .

(أحدهما) القول قول الزوجة ، لانه قد ثبت استحقاقها للنفقة بالزوجية ، والأصل بقاؤها .

(والثانى) أن القول قول الزوج ، لان نفقة كل يوم يجب بيومه ، والاصل عدم الوجوب .

(مسألة) إذا أسلم الزوج قبل الزوجة وقبل الدخول وجب عليه نصف المسمى ان سمى لها مهراً صحيحاً ، وإن سمى لها مهراً باطلا ولم تقبضه فى الشرك وجب لها نصف مهر المثل ، وان أسلمت الزوجة قبله قبل الدخول لم يجب لها شىء . اذا ثبت هذا : فان اتفقا أنهما أسلما قبل الدخول وقالا : لا نعلم السابق منا بالاسلام انفسخ النكاح بينهما ، لأن الحال لا يختلف فى انفساخ النكاح . وأما الصداق : فإن كان فى يد الزوج لم تقبض منه الزوجه شيئاً ، لأنها إن كانت أسلمت أولا فإنها لا تستحق منه شيئاً ، وإن أسلم الزوج أولا فلها نصفه ، فاذا لم تعلم على أى وجه كان لم يتيقن استحقاقها بشىء من المهر ، وان كان الصداق فى يد الزوجة لم يكن للزوج أن يقبض منه الا النصف ، لأنه لا يتيقن أنه يستحق

إلا ذلك ، وإن اختلفا فقالت الزوجة أسلمت أنت أولا فأنا استحق عليك نصف الصداق ، وقال الزوج : بل أسلمت أنت أولا فلا تستحقين علىَّ شيئاً ، فالقول قول الزوجه مع يمينها ، لأنا تيقنا استحقاقها لنصف المهر ، والأصل بقاء ذلك الاستحقاق ، وان اختلفا فى انفساخ النكاح ، فقالت الزوجة أسلم أحدنا قبل صاحبه قبل الدخول فانفسخ النكاح . وقال الزوج بل أسلمنا معاً فى حالة واحدة ففيه قولان .

(أحدهما) القول قول الزوج مع يمينه – وهو اختيار المزنى وأبى اسحاق المروزى – لأن الاصل بقاء النكاح .

(والثانى) القول قول الزوجة مع يمينها ، لان الظاهر معها لان الظاهر أنه لا يتفق اسلامهما فى حالة واحدة الا نادراً ، وان قال الزوج : أسلم أحدنا قبل صاحبه . وقالت الزوجة بل أسلمنا معاً فى حالة واحدة فانه يحكم على الزوج بانفساخ النكاح لأنه أقر بذلك . وأما المهر فيحتمل أن يكون على القولين كالأولة ، وان أقام الزوج البينة أنهما أسلما قبل الدخول حين طلعت الشمس أو حين زالت أو حين غربت ، لم ينفسخ النكاح ، وان قال الزوجان أسلمنا معاً مع طلوع الشمس او مع زوالها او مع غروبها او حال طلوعها او حال زوالها او حال غروبها لم يثبت اسلامهما معاً فينفسخ ، والفرق بينهما ان حين طلوعها وحين زوالها وحين غروبها هو حين تكامل الطلوع والزوال والغروب الى استكماله ، فيجوز ان يكون اسلام احدهما قبل الآخر .

(فرع) وان اسلمت الزوجة بعد الدخول ثم اسلم الزوج بعدها ثم اختلفا فقال الزوج : اسلمت قبل انقضاء العدة ، وقالت الزوجة : بل اسلمت بعد انقضاء العدة . قال الشافعى رحمه الله : فالقول قول الزوج . وقال الشافعى رحمه الله : اذا طلق زوجته طلقة رجعية ثم راجعها فقال الزوج : راجعت قبل انقضاء العدة . وقالت الزوجة : بل راجعت بعد انقضاء العدة ، فالقول قول الزوجة . وقال : اذا ارتد الزوج بعد الدخول ثم اسلم فقالت الزوجة : اسلمت بعد انقضاء العدة . وقال الزوج اسلمت قبل انقضاء العدة ، فالقول قول الزوجة ، واختلف أصحابنا فى هذه المسائل الثلاث على ثلاث طرق .

فمنهم من قال : فيها قولان . أحدهما : القول قول الزوج لأن الأصل بقاء النكاح . والثاني : القول قول الزوجة ، لأن الأصل عدم الإسلام والرجعة ، ومنهم من قال : هي على حالين ، فحيث قال : القول قول الزوجة إذا كانت هي السابقة بالدعوى ، لأن قول كل واحد منهما مقبول فيما أظهره وسبق اليه . ومنهم من قال : هي على حالين آخرين ، فحيث قال ، القول قول الزوج إذا اتفقا على وقت إسلامه أو رجعته ، واختلفا في وقت انقضاء عدتها بأن قال . أسلمت أو راجعت في شعبان ، فقالت صدقت لكن انقضت عدتي في رجب ، وحيث قال القول قول الزوجة ، أراد إذا اتفقا على وقت انقضاء عدتها ، واختلفا في وقت إسلامه ورجعته ، بأن قالت انقضت عدتي في شعبان فقال صدقت لكن أسلمت أو راجعت في رجب ، لأن الأصل بقاء العدة إلى شعبان وعدم الإسلام أو الرجعة في رجب .

(فرع) وان تزوج الكتابي بالكتابيه صغيرة وأسلم أحد أبويها قبل الدخول انفسخ نكاحها ، لأنها صارت مسلمه تبعاً لمن أسلم من أبويها قبل الدخول فهو كما لو قال أسلمت بعد بلوغها وقبل الدخول ، وهل يجب لها من المهر شيء . قال ابن الحداد ، سقط جميع المهر ، لأن الفرقه وقعت بينهما قبل الدخول . ولم يكن من الزوج صنع فيها فسقط المهر ، كما لو اشترت المرأة زوجها قبل الدخول ، فمن أصحابنا من صوبة ، ومنهم من خطأه وقال . يجب لها المهر لأنها لم يكن من جهتها صنع في الفرقه ، فهو كما لو أرضعتها أم الزوج ، فإذا قلنا بهذا فإن الزوج لا يرجع على من أسلم من أبويها بشيء ؛ ويرجع على المرضعه ، والفرق بينهما أن الإسلام واجب فلم يكن فعله جناية ، وليس كذلك الارضاع فانه ليس بواجب ، غير أنه إن وجدت هذه المرضعةُ الصغيرةَ عطشانة قد أشرفت على الموت ، ولم تجد أحداً يرضعها أو يسقيها لبناً ، ولم تتمكن من إحيائها إلا بالرضاع فانه يجب عليها ارضاعها واذا أرضعتها انفسخ النكاح ولم يجب عليها شيء للزوج ، هكذا ذكر القاضي أبو الطيب والله تعالى أعلم وهو الموفق للصواب .

قال المصنف رحمه الله :

كتاب الصداق

المستحب أن لا يعقد النكاح إلا بصداق لما روى سعد بن سهل رضى الله عنه «أن إمرأة قالت: قد وهبت نفسى لك يارسول الله صلى الله عليك ، فر َ فى رأيك فقال رجل : زوجنيها ، قال : اطلب ولو خاتما من حديد ، فذهب فلم يجىء بشىء فقال النبى صلى الله عليه وسلم : هل معك من القرآن شىء ، فقال : نعم فزوجه بما معه من القرآن » ولأن ذلك أقطع للخصومة ، ويجوز من غير صداق ، لقوله تعالى « لا جناح عليكم إن طلقتم النساء مالم تمسوهن أو تفرضوا لهن فريضة » فأثبت الطلاق مع عدم الفرض .

وروى عقبة بن عامر رضى الله عنه قال « قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لرجل : إنى أزوجك فلانة ، قال : نعم قال للمرأة أترضين أن أزوجك فلانا ، قالت : نعم فزوج أحدهما من صاحبه ، فدخل عليها ولم يفرض لها به صداق ؛ فلما حضرته الوفاة قال إن رسول الله صلى الله عليه وسلم زوجنى فلانة ولم أفرض لها صداقا ولم أعطها شيئاً ، وإنى قد أعطيتها عن صداقها سهمى بخيبر ، فأخذت سهمه فباعته بمائة ألف » ولأن القصد بالنكاح الوصلة والاستمتاع دون الصداق فصح من غير صداق .

(فصل) ويجوز أن يكون الصداق قليلا لقوله صلى الله عليه وسلم « اطلب ولو خاتما من حديد » ولأنه بدل منفعتها فكان تقدير العوض اليها كأجرة منافعها ويجوز أن يكون كبيراً لقوله عز وجل « وآتيتم إحداهن قنطاراً » قال معاذ رضى الله عنه القنطار ألف ومائتا أوقية .

وقال أبو سعيد الخدرى رضى الله عنه : ملء مسك ثور ذهباً . والمستحب أن يخفف لما روت عائشة رضى الله عنها أن النبى صلى الله عليه وسلم قال « أعظم النساء بركة أيسرهن مؤنة » ولأنه إذا كبر أجحف وأضر ودعى إلى المقت والمستحب أن لا يزيد على خمسمائة درهم ، لما روت عائشة رضى الله عنها قالت

« كان صداق رسول الله صلى الله عليه وسلم لأزواجه إثنى عشرة أوقية ونشاً أتدرون ما النش ، نصف أوقية ، وذلك خمسمائة درهم » والمستحب الاقتداء به والتبرك بمتابعته ، فإن ذكر صداق فى السر وصداق فى العلانية فالواجب ما عقد به العقد ، لأن الصداق يجب بالعقد فوجب ما عقد به ، وإن قال زوجتك ابنتى بألف ؛ وقال الزوج قبلت نكاحها بخمسمائة ، وجب مهر المثل لان الزوج لم يقبل بألف والولى لم يوجب بخمسمائة فسقط الجميع ووجب مهر المثل .

(الشرح) خبر سهل بن سعد فى التى وهبت نفسها أخرجه أحمد والبخارى ومسلم وقد مضى ذكره فى غير موضع ؛ وحديث عقبة بن عامر أخرجه أبو داود والحاكم ، وقد استشهد به المحدثون لصحة حديث أخرجه أحمد وأبو داود والترمذى وصححه والنسائى وابن ماجه والحاكم والبيهقى وابن حبان « أن عبد الله ابن مسعود أتى فى امرأة تزوجها رجل ثم مات عنها ولم يفرض لها صداقا ، ولم يكن دخل بها ، فاختلفوا اليه فقال . أرى لها مثل مهر نسائها ولها الميراث وعليها العدة ، فشهد معقل بن سنان الاشجعى أن النبى صلى الله عليه وسلم قضى فى بروع ابنة واشق بمثل ما قضى » .

وقال الشافعى لا أحفظه من وجه يثبت مثله ولو ثبت حديث بروع لقلت به وقال ابن حزم ، لا مغمز فيه لصحة إسناده ، وروى الحاكم فى المستدرك عن حرملة بن يحي أنه قال . سمعت الشافعى يقول إن صح حديث بروع بنت واشق قلت به . قال الحاكم ، قال شيخنا أبو عبد الله لو حضرت الشافعى لقمت على رؤس الناس وقلت قد صح الحديث فقل به .

أما حديث عائشة رضى الله عنها باللفظ الذى ساقه المصنف رواه أحمد ورواه الطبرانى فى الاوسط بلفظ « أخف النساء صداقاً أعظمهن بركة » وفى إسناده الحرث بن شبل ، وأخرجه الطبرانى فى الكبير والاوسط بنحوه ، وأخرج نحوه الحاكم وأبو داود عن عقبة بن عامر قال ، قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « خير الصداق أيسره » .

وأما حديث عائشه الثانى فقد أخرجه أحمد ومسلم وأبو داود والنسائى وابن ماجه والدارقطنى عن أبى سلمة قال « سألت عائشة رضى الله عنها كم كان صداق رسول الله صلى الله عليه وسلم ، قالت : كان صداقه لأزواجه اثنتى عشرة أوقية ونشاً ؛ قالت : أتدرى ما النش ، قلت . لا . قالت نصف أوقية ، فتلك خمسمائة درهم ، قوله « فرَ » فعل أمر من رأى محذوف الوسط المهموز كحذف همزة الوسط فى سأل فيقال : سل ، ولأنه معتل الآخر فهو مبنى على حذف حرف العلة وبذلك حذفت الالف المهموزة والالف المقصورة فيكان فعل الامر (ر) راء مفتوحة فقط .

والصداق فيه لغات أولهابفتح الصاد ، والثانية كسرها ، والجمع صُدق بضمتين والثالثه لغة الحجاز ، صَدُقة بفتح الصاد وضم الدال وجمعها صدقات على لفظها وفى التنزيل « وآتوا النساء صدقاتهن » والرابعة لغة تميم صُدْقه بضم الصاد وإسكان الدال والجمع صدقات مثل غرفه وغرفات فى وجوهها ، والخامسه صدقه وجمعها صُدق مثل قربة وقرى ، وأصدقتها أعطيتها صداقها وأصدقتها تزوجتها على صداق وشيء صدق وزان فلس أى صلب .

(أما الأحكام) الصداق هو ما تستحقه المرأة بدلا فى النكاح وله سبعة أسماء الصداق والنحلة والاجرة والفريضه والمهر والعليقه والعقد ، لان الله تعالى سماه الصداق والنحلة والفريضه ، وسماه النبى صلى الله عليه وسلم المهر والعليقه ، وسماه عمر بن الخطاب رضى الله عنه العقد ، قال تعالى « فما استمتعتم به منهن فآتوهن أجورهن فريضة » وقال تعالى « وإن طلقتموهن من قبل أن تمسوهن وقد فرضتم لهن فريضه ، فنصف مافرضتم إلا أن يعفون » الآيه ، وقال صلى الله عليه وسلم « فان مسها فلها المهر بما استحل من فرجها » وقال صلى الله عليه وسلم « أدوا العلائق ، قيل وما العلائق قال ما تراضى عليه الأهلون » فان قيل لم سماه نحلة ، والنحله العطية بغير عوض ، والمهر ليس بعطية وإنما هو عوض عن الاستمتاع ، ففيه ثلاثة تأويلات .

أحدها : أنه لم يرد بالنحله العطيه ، وإنما أراد بالنحله من الإنحال وهو التدين

لأنه يقال : انتحل فلان مذهب كذا أى دان به ، فكأنه تبارك وتعالى قال « وآتوا النساء صدقاتهن نحلة » أى تديناً .

(والثانى) أن المهر يشبه العطية لأنه يحصل للمرأة من اللذة فى الاستمتاع ما يحصل للزوج وأكثر ، لأنها أجاب شهوة ، والزوج ينفرد ببذل المهر ، فكأنها تأخذه بغير عوض .

(والثالث) أنه عطية من الله تعالى فى شرعنا للنساء ؛ لأن فى شرع من قبلنا كان المهر للأولياء ، ولهذا قال تعالى فى قصة شعيب « إنى أريد أن أنكحك إحدى ابنتى هاتين على أن تأجرنى ثمانى حجج » الآية .

إذا ثبت هذا : فالمستحب أن يسمى الصداق فى العقد لما روى أن النبى صلى الله عليه وسلم لم يتزوج أحداً من نسائه عليهن السلام ولا زوج أحداً من بناته عليهن السلام إلا بصداق سماه فى العقد ، وحديث المرأة التى جاءت النبى صلى الله عليه وسلم فقالت : يا رسول الله قد وهبت نفسى منك فصعد النبى صلى الله عليه وسلم بصره ثم صوبه ثم قال مالى إلى النساء من حاجة ، فقام رجل فقال زوجنيها يا رسول الله ، فقال صلى الله عليه وسلم : ما تصدقها ، قال : إزارى ، قال : إن أصدقتها إزارك جلست ولا إزار لك ، التمس ولو خاتماً من حديد ، فالتمس ولم يجد ، فقال النبى صلى الله عليه وسلم أمعك شىء من القرآن ، قال نعم سورة كذا وسورة كذا ، فقال صلى الله عليه وسلم زوجتكها بما معك من القرآن . ولأنه إذا زوجه بالمهر كان أقطع للخصومة ، فإن عقد النكاح بغير صداق انعقد النكاح لقوله تعالى « لا جناح عليكم إن طلقتم النساء مالم تمسوهن أو تفرضوا لهن فريضة ومتعوهن على الموسع قدره وعلى المقتر قدره » الآية . فأثبت الطلاق من غير فرض ، والطلاق لا يقع إلا فى نكاح صحيح ، وخبر الرجل الذى تزوج امرأة ولم يفرض لها صداقا فلما حضرته الوفاة أعطاها عن صداقها سهمه بخيبر ، ولأن المقصود فى النكاح أعيان الزوجين دون المهر ، ولهذا يجب ذكر الزوجين فى العقد ، وإنما العوض فيه تبع بخلاف البيع ؛ فإن المقصود فيه العوض ، ولهذا لا يجب ذكر البائع والمشترى فى العقد إذا وقع من وكيليهما .

(مسألة) وليس لأقل الصداق حد عندنا ، بل كل ما يتمول - وجاز أن يكون ثمناً لشيء أو أجرة - جاز أن يكون صداقا ، وبه قال عمر رضى الله عنه وابن عباس وابن المسيب والحسن وربيعة والأوزاعى والثورى وأحمد وإسحاق رضى الله عنهم قال القاضى أبو القاسم الصيمرى : ولا يصح أن يكون الصداق نواة أو قشرة بصلة أو قمع باذنجان أو ليطة أو حصاة . هذا مذهبنا .

وقال مالك وأبو حنيفة : أقل الصداق ماتقطع به يد السارق ، إلا أن ماتقطع به يد السارق عند مالك ربع دينار أو ثلاثة دراهم ، وعند أبي حنيفة دينار أو عدة دراهم ، فإن أصدقها دون العشرة دراهم .

قال أبو حنيفة وأبو يوسف ومحمد : كملت العشرة . وقال زفر يسقط المسمى ويجب مهر المثل ، وقال ابن شبرمة أقله خمسة دراهم ، وقال النخعى أقله أربعون درهماً . وقال سعيد بن جبير أقله خمسون درهماً .

دليلنا قوله تعالى « فنصف ما فرضتم إلا أن يعفون » الاية ، وقوله صلى الله عليه وسلم : أدوا العلائق ، ثم قال صلى الله عليه وسلم : والعلائق ماتراضوا عليه الأهلون . وقوله صلى الله عليه وسلم التمس شيئاً ، التمس ولو خاتماً من حديد ، وهـذه عمومات تقع على القليل والكثير ، وروى أن عبد الرحمن بن عوف أتى النبي (ص) وعليه عـلامات التزويج وقال : تزوجت إمرأة من الأنصار قال صلى الله عليه وسلم : ماسقت اليها ، قال : نواة من ذهب فقال صلى الله عليه وسلم أولم ولو بشاة . والنواة خمسة دراهم .

وروى عن النبي صلى الله عليه وسلم قال : من استحل بدرهمين فقد استحل . ولأن كل ما جاز أن يكون ثمناً جاز أن يكون مهراً كالمجمع عليـه ، وأما أكثر الصداق فليس له حد ؛ وهو إجماع لقوله تعـالى « وآتيتم إحداهن قنطاراً » الاية فأخبر تعالى أن القنطار يجوز أن يكون صداقا .

قال ابن عبـاس : القنطار سبعون ألف مثقال ، وقال أبو صالح : مائة رطل وقال معاذ ألف ومائتا أوقية . وقال أبو سعيد الخدرى القنطار ملء مسك ثور ذهباً ، ومسك الثور جلده .

وروى عن عمر رضى الله عنه أنه خطب الناس وقال يامعاشر الناس لا تغالوا

فى صدقات النساء ، فوالله لا يبلغنى أحد زاد على مهر أزواج رسول الله (ص) إلا جعلت الفضل فى بيت المال ، فعرضت له إمرأة من قريش ، فقالت كتاب الله أولى أن يتبع ، إن الله يعطينا ويمنعنا ابن الخطاب ، فقال : أين ، قالت : قال الله تعالى « وآتيتم إحداهن قنطاراً فلا تأخـذوا منه شيئا » الاية . فقال : فليضع الرجل ماله حيث شاء . وفى رواية : كل الناس أفقه من عمر ، فرجع عن ذلك ، وروى أنه رضى الله عنه تزوج أم كلثوم بنت على كرم الله وجهه وأصدقها أربعين ألف درهم .

وروى أن عبد الله بن عمر زوج بنات أخيه عبيد الله على صداق عشرة آلاف درهم ، وتزوج أنس رضى الله عنه إمرأة وأصدقها عشرة آلاف درهم ، وتزوج الحسن عليه السلام إمرأة وبعث اليها مائة جارية ومع كل جارية ألف درهم ، ثم طلقها وتزوجها رجـل من بنى تميم فأصدقها مائة ألف درهم ، وتزوج مصعب ابن الزبير بعائشة بنت طلحة واصدقها مائة ألف درهم .

قال الشافعى رضى الله عنه : والاقتصاد فى المهر أحب إلىّ من المغالاة فيه لما روت عائشة ام المؤمنين عليها السلام ان النبى صلى الله عليه وسلم قال اعظم النكاح بركة اخفه مؤنة . وروى ابن عباس رضى الله عنهما ان النبى (ص) قال خيرهن ايسرهن مهراً . وروى سهل بن سنان ان النبى صلى الله عليه وسلم قال ايما رجل أصدق صداقا ونوى انه لا يؤديه لقى الله وهو زان . وايما رجل ادّان ديناراً ونوى ان لا يؤديه لقى الله وهو سارق . والمستحب ان لا يزيد على خمسمائة درهم ، وهو صداق ازواج النبى صلى الله عليه وسـلم وبناته عليهن سلام الله ورحمته لما روى عن عائشه قالت : كان صداق ازواج رسول الله (ص) اثنا عشر اوقيه ونشأ قالت والنش نصف اوقيه ، والأوقيه اربعون درهما .

(فرع) ولو تواعـدوا فى السر على ان الصداق مائه ، وعلى انهم يظهرون للناس انه ألف كما يشيع ذلك فى زماننا هذا فقد قال الشـافعى رضى الله عنه فى موضع : المهر مهر السر . وقال فى موضع : المهر مهر العلانيه . قال اصحابنا البغداديون ليست على قولين وإنما هى على حالين ، فالموضع الذى قال المهر مهر السر ، اراد إذا عقدوا النكاح اولا فى العلانيه بألف ثم عقدوا ثانيا فى السر بمائه

ومن أصحابنا الخراسانيين من قال : فى المهر قولان والأول هو المشهور ؛ فان قال الولى : زوجتك ابنتى بألف فقال الزوج : قبلت نكاحها بخمسمائة وجب لها مهر مثلها لأن الإيجاب والقبول لم يتفقا على مهر واحد .

قال المصنف رحمه الله :

(فصل) ويجوز أن يكون الصداق دينا وعينا وحالا ومؤجلا لأنه عقد على المنفعه لجاز بما ذكرناه كالإجارة .

(فصل) ويجوز أن يكون منفعه كالخدمه وتعليم القرآن وغيرهما من المنافع المباحه لقوله عز وجل « إنى أريد أن أنكحك إحدى ابنتى هاتين على أن تأجرنى ثمانى حجج » فجعل الرعى صداقا وزوج النبى صلى الله عليه وسلم الواهبه من الذى خطبها بما معه من القرآن ، ولا يجوز أن يكون محرما كالخمر وتعليم التوراة وتعليم القرآن للذميه ، لا تتعلمه للرغبه فى الإسلام ، ولا ما فيه غرر كالمعدوم والمجهول ولا مالم يتم ملكه عليه كالمبيع قبل القبض ، ولا مالا يقدر على تسليمه كالعبد الابق والطير الطائر ؛ لأنه عوض فى عقد فلا يجوز بما ذكرناه كالعوض فى البيع والاجارة ، فإن تزوج على شىء من ذلك لم يبطل النكاح ، لأن فساده ليس بأكثر من عدمه ، فإذا صح النكاح مع عدمه صح مع فساده ، ويجب مهر المثل لأنها لم ترض من غير بدل ، ولم يسلم لها البدل ، وتعذر رد المعوض فوجب رد بدله كما لو باع سلعه بمحرم وتلفت فى يد المشترى .

(الشرح) يصح أن يكون الصداق دينا وعينا ، فإذا كان دينا صح أن يكون حالا ومؤجلا ، فإن أطلق كان حالا كما قلنا فى الثمن ، ويصح أن يكون الصداق منفعه يصح عقد الاجارة عليها كمنفعة العبيد والبهائم والأرض والدور لأنه عقد على المنفعه لجاز بما ذكرناه كالاجارة .

(فرع) ويصح أن تكون منفعة الحر صداقا كالخياطه والبناء وتعليم القرآن وما أشبه ذلك مما يصح استئجاره عليه ، وبه قال مالك رحمه الله إلا أنه قال : يكره ذلك . وقال أبو حنيفه رحمه الله لا يصح .

دليلنا قوله تعالى ، إنى أريد أن أنكحك إحدى ابنتىّ هاتين على أن تأجرنى ثمانى حجج ، فذكر أن الرعى صداق فى شرع من قبلنا ولم يعقبه بنكير ، وزوّج رسول الله صلى الله عليه وسلم المرأة التى وهبت نفسها من رسول الله (ص) للذى خطبها بما معه من القرآن ، تقديره على تعليم ما معه من القرآن ، لأن القرآن لا يجوز أن يكون صداقا ، ولان كل منفعة جاز أن يستحق بعقد الاجارة جاز أن يستحق بعقد النكاح كمنفعة العبيد والارض

(فرع) وما لا يصح بيعه كالكلب والخنزير والسرجين والمجهول والمعدوم وما لم يتم ملكه عليه والمنافع التى لا يصح الاستئجار عليها لا يصح أن يكون شىء من ذلك صداقا لأنه عوض فى عقد فلم يصح فيما ذكره ، كالبيع والاجارة

إذا ثبت هذا فإن عقد النكاح لمهر باطل أو مجهول لم يبطل النكاح ، وبه قال أبو حنيفه وأكثر أهل العلم

وقال مالك رحمه الله لا يصح النكاح . وحكى المسعودى أنه قول الشافعى رحمه الله فى القديم ، وليس بمشهور . دليلنا قوله صلى الله عليه وسلم : لا نكاح إلا بولى مرشد وشاهدى عدل . ولم يفصل بين أن يكون المهر صحيحا أو فاسدا ولأنه عقد نكاح فلم يبطل بفساد المهر كما لو تزوجها على دراهم مغصوبة ، فإن مالكا وافقنا على هذا ، ولأن النكاح اذا انعقد مع عدم ذكر المهر فلأن ينعقد مع فساده أولى ، فإذا عقد النكاح بمهر باطل وجب لها مهر المثل أو المسمى

دليلنا أنها دخلت فى العقد على أن يكون لها المسمى ، فإذا لم يسلم وتعذر رجوعها الى بضعها رجعت الى قيمته ، كما لو اشترى عبداً شراء فاسداً وقبضه وتلف فى يده . وإن تزوجها على شىء موصوف فى ذمته لزمه تسليم ذلك على ما وصف .

وقال أبو حنيفة وأحمد : إن شاء سلم الموصوف بصفته وان شاء دفع قيمته . وعن أبى حنيفة فى الثوب صداقا روايتان ؛ إحداهما كقولنا أنه يسلم الثوب الموصوف الذى فى ذمته ، والثانية له دفع قيمته . دليلنا أن هذه تسمية صحيحة فلم يخير بين دفع المسمى وبين دفع قيمته كالمكيل والموزون

(فرع) إذا قالت المرأة لوليها : زوجني بلا مهر أو بأقل من مهر مثلها فنقل أصحابنا البغداديون أن النكاح صحيح في جميع هـذه المسائل ولها مهر مثلها . وقال المسعودي : هل ينعقد النكاح في جميع هذه المسائل ؟ فيه قولان . قال ومن أصحابنا من قال لا ينعقد النكاح من الوكيل قولا واحداً ، لأنه يزوج بالنيابة عن الولي والأصح الطريق الأول ، لأن النكاح لا يفسد عندنا بفساد المهر ، هـذا مذهبنا . وقال أبو حنيفة : إذا زوج ابنته الصغيرة بأقل من مهر مثلها – وكان ذلك المهر لا ينقص عن أقل المهر ، وهي عشرة دراهم صح المهر

دليلنا أن البنت إذا أذنت لعمها في العقـد فزوّجها بأقل من مهر مثلها بغير إذنها استحقت مهر مثلها ، فكذلك الأب والجد ، ولأن الاب والجد لا يجوز أن يبيعا مال الصـغيرة بأقل من ثمن مثله ، فكذلك لا يجوز لهما تزويجها بأقل من مهر مثلها .

وإن زوج الرجل ابنته بأرض أو عرض أو بغير نقد البلد فهل يصح المهر ؟ لا أعلم فيه نصا ، بمعنى أنها في مصر وأصدقها بالدولار أو بالاسترليني أو بالدينار العراقي أو بالليرة السـورية أو بريال ترينزة أو بالجنيه السعودي ، فالذي يقتضي القياس إن كان الولي أبا أو جداً ، أو كانت المنكوحة صغيرة أو مجنونة صح المهر إذا كان قيمة ذلك مثل مهر مثلها ، كما يجوز أن يبتاع لها ذلك بمالها . وإن كان الولي غيرهما من العصبات ، أو كان الولي أبا أو جداً والمنكوحة بالغة عاقلة لم يصح ذلك المهر إلا ان كان بإذنها ونطقها لانه لا ولاية له على مالها ، وانما ولايته على عقد نكاحها بنقد البلد .

وإن كانت المنكوحه مجنونه وكان وليها الحاكم ، ورأى أن يزوجها بشيء من العروض – وقيمته قدر مهر مثلها – صح ذلك لأنه يجوز له التصرف بمالها .

(مسأله) إذا تزوجها وأصدقها تعليم القرآن مدة معلومة صح ذلك اذا كانت المدة متصلة بالعقد ، وتطالبه بالتعليم في تلك المدة على حسب عادة التعليم . ولها أن تطالبه بتعليم ما شاءت من القرآن ، وإن كان الصداق تعليم شيء القرآن فيشترط أن يذكر السورة التي يعلمها

فان أصدقها تعليم عشرين من سورة كذا ولم تبين الأعشار — ففيه وجهان
(أحدهما) يصح لما روى أبو هريرة رضى الله عنه أن النبى صلى الله عليه وسلم قال للرجل الذى خطب الواهبة « ما معك من القرآن ؟ قال سورة البقرة والتى تليها ، فقال صلى الله عليه وسلم : زوجتك بما معك على أن تعلمها عشرين آية » ولم يفصل .

(والثانى) لا يصح ، لأن الاعشار تختلف

وأما الخبر فانما نقل الراوى جواز تعليم القرآن فى الصداق ولم ينقل غير الصداق ، ولا يجوز فى صفة الرسول صلى الله عليه وسلم أن يعقد الصداق على مجهول . وهل من شرطه أن يبين الحرف الذى يعلمها كحرف نافع وابن كثير وغيرهما . فيه وجهان مضى بيانهما فى الاجارة

فان أصدقها تعليم سورة وهو لا يحفظها — فان كان على أن يحصل لها تعليمها صح ذلك — ويستأجر محرما لها أو امرأة تعلمها أو يتعلمها هو بنفسه ثم يعلمها وان كان على أن يعلمها هو بنفسه ففيه وجهان

(أحدهما) يصح كما لو أصدقها ألف درهم فى ذمته ولا يملك شيئا

(والثانى) لا يصح ، كما لو أصدقها خدمة عبد لا يملكه ، وإن أصدقها تعليم سورة فأتت بامرأة غيرها لتعلمها مكانها فهل يلزمه تعليمها . فيه وجهان

(أحدهما) يلزمه كما لو اكترت منه دابة لتركبها الى بلد فأرادت أن تركبها مثلها

(والثانى) لا يلزمه ، لأن له غرضا فى تعليمها لأنه أطيب له لأنه يلتذ بكلام غيرها ، ولأنه أصدقها ايقاع منفعه فى عين فلا يلزمه ايقاعها فى غيرها ، كما لو أصدقها خياطة ثوب بعينه فأتت بثوب غيره ليخيطه فلا يلزمه ذلك ، وان لقنها فحفظت ثم نسيت ؛ قال الشيخ أبو حامد فينظر فيها ، فان علمها دون آيه فنسيتها لم يعتد له بذلك ، وكم القدر الذى اذا علمها اياه خرج من عهدة التعليم ، فيه وجهان (أحدهما) أقله آيه ، لأنه يطلق عليه اسم التعليم ، فعلى هذا اذا علمها آيه فنسيتها لم يلزمه تعليمها اياها ثانيا (والثانى) أقله سورة ، لأن ما دونها ليس بتعليم فى العادة . وذكر ابن الصباغ أنه اذا علمها ثلاث آيات سقط عنه عهدة التعليم وجها واحدا ، وهل يسقط عنه تعليم آيه أو آيتين . فيه وجهان

قال المصنف رحمه الله :

(فصل) فان تزوج كافر بكافرة على محرم كالخمر والخنزير ثم أسلما أو تحاكما الينا قبل الإسلام نظرت فان كان قبل القبض سقط المسمى ووجب مهر المثل لأنه لا يمكن اجباره على تسليم المحرم ، وإن كان بعد القبض برئت ذمته منه كما لو تبايعا بيعا فاسداً وتقابضا ، وإن قبض البعض برئت ذمته من المقبوض ووجب بقدر ما بقى من مهر المثل ، فإن كان الصداق عشرة أزقاق خمر فقبضت منها خمسة ففيه وجهان .

(أحدهما) يعتبر بالعدد فيبرأ من النصف ويجب لها نصف مهر المثل ، لأنه لا قيمة لها فكان الجميع واحداً فيها فسقط نصف الصداق ، ويجب نصف مهر المثل

(والثانى) يعتبر بالكيل لأنه أحصر ، وان أصدقها عشرة من الخنازير وقبضت منها خمسة ففيه وجهان .

أحدهما : يعتبر بالعدد فتبرأ من النصف ويجب لها نصف مهر المثل ؛ لأنه لا قيمة لها فكان الجميع واحداً .

والثانى : يعتبر بما له قيمة وهو الغنم فيقال : لو كانت غنما كم كانت قيمة ما قبض منها فيبرأ منه بقدره ، ويجب بحصة ما بقى من مهر المثل ، لأنه لما لم تكن له قيمة اعتبر بما له قيمة ، كما يعتبر الحر بالعبد فيما ليس له أرش مقدر من الجنايات ،

(فصل) وإن أعتق رجل أمته على أن تتزوج به ويكون عتقها صداقها وقبلت لم يلزمها ان تتزوج به لأنه سلف فى عقد فلم يلزم كما لو قال لامرأة خذى هذا الألف على أن تتزوجى بى وتعتق الأمة لأنه اعتقها على شرط باطل فسقط الشرط وثبت العتق كما لو قال لعبده ان ضمنت لى خمرا فأنت حر فضمن ويرجع عليها بقيمتها لأنه لم يرض فى عتقها إلا بعوض ولم يسلم له وتعذر الرجوع اليها فوجبت قيمتها كما لو باع عبداً بعوض محرم وتلف العبد فى يد المشترى ، وان تزوجها بعد العتق على قيمتها وهما لا يعلمان قدرها فالمهر فاسد .

وقال أبو على بن خيران : يصح كما لو تزوجها على عبد لا يعلمان قيمته وهذا خطأ لأن المهر هناك هو العبد وهو معلوم والمهر ههنا هو القيمة وهى مجهولة

فلم يجز وان أراد حيلة يقع بها العتق وتتزوج به ففيه وجهان (أحدهما) وهو قول أبي على بن خيران أنه يمكنه ذلك بأن يقول ان كان فى معلوم الله تعالى إنى إذا أعتقتك تزوجت بى فانت حرة فاذا تزوجت به علمنا أنه قد وجد شرط العتق وإن لم تتزوج به علمنا أنه لم يوجد شرط العتق (والثانى) وهو قول أكثر أصحابنا أنه لا يصح ذلك ولا يقع العتق ولا يصح النكاح لأنه حال ماتتزوج به نشك أنها حرة أو أمة والنكاح مع الشك لا يصح فإذا لم يصح النكاح لم تعتق لأنه لم يوجد شرط العتق ، وان أعتقت إمرأة عبدا على أن يتزوج بها وقبل العبد عتق ولا يلزمه أن يتزوج بها لما ذكرناه فى الأمة ولا يلزمه قيمته لأن النكاح حق للعبد فيصير كما لو أعتقته بشرط أن تعطيه مع العتق شيئاً آخر ويخالف الامة فان نكاحها حق المولى فاذا لم يسلم له رجع عليها بقيمتها . وإن قال رجل لآخر أعتق عبدك عن نفسك على أن أزوجك ابنتى فأعتقه لم يلزمه التزويج لما ذكرناه ، وهل تلزمه قيمة العبد فيه وجهان بناء على القولين فيمن قال لغيره أعتق عبدك عن نفسك وعلى ألف فأعتقه ، أحدهما يلزمه كما لو قال أعتق عبدك عنى على ألف ، والثانى لا يلزمه لانه بذل العوض على ما لامنفعة له فيه .

(الشرح) إذا ترافع ذميان إلى حاكم المسلمين ليحكم بينهما فى ابتداء العقد لم يحكم به بين المسلمين ، فإن كانت المنكوحة بكراً أجبرها الأب والجد ، وإن كانت ثيبا لم يصح تزويجها إلا بإذنها ، وإن عضلها الولى زوجها حاكم المسلمين لأنه يلى عليها بالحكم ، وإن تحاكما فى استدامته فإنه لا اعتبار بانعقاده على أى وجه كان ، ولكن ينظر فيها ، فان كانت ممن لا يجوز له ابتداء نكاحها فى هذه الحال فرق بينهما ، فان كانت ممن يجوز له ابتداء نكاحها أقرهما على نكاحها وان كان قد عقد لها بولى غير مرشد أو بغير شهود لأنه عقد مضى فى الشرك ، فلا يجوز تتبعه ومراعاته : لأن فى ذلك إلحاق مشقة ، وتنفيراً لهم عن الدخول فى الطاعة ، وفى هذا المعنى نزل قوله تعالى « يا أيها الذين آمنوا اتقوا الله وذروا ما بقى من الربا » فأمر بترك مابقى فى أيديهم من الربا وعفى عما قبض فى الشرك ،

وإن تحاكما فى الصداق أو أسلما وتحاكما ، فإن كان قد أصدقها صداقاً صحيحاً حكم بصحته ، وإن أصدقها صداقاً فاسداً كالخمر والخنزير، فإن كانت قد قبضت جميعه فى الشرك ، فقد سقط عنه جميعه وبرئت ذمته من الصداق ، لأن ما قبض فى الشرك لا يجوز نقضه لما ذكرناه من الآية ، ولقوله تعالى « قل للذين كفروا إن ينتهوا يغفر لهم ما قد سلف » الآية

وإن كانت لم تقبض شيئا حكم الحاكم بفساد المسمى ، وأوجب لها مهر مثلها من نقد البلد . وقال أبو حنيفة : لا يحكم لها إلا بما سمى لها . دليلنا أنه لا يمكن أن يحكم عليها بتسليم المسمى لفساده فحكم لها بمهر صحيح . وإن قبضت بعضه فى حال الشرك وبقى البعض سقط من المهر بقسط ما قبضته من المسمى ، ووجب لها مهر المثل بقسط ما تقبضه من المسمى ، لأنها لو قبضت الجميع لم يحكم لها بشيء ، ولو لم تقبض شيئا لحكم لها بمهر مثلها ، فإذا قبضت البعض وبقى البعض فيقسط مهر المثل على المقبوض وعلى ما لم تقبض

إذا ثبت هذا فإن كان أصدقها عشرة أزقاق خمر فقبضت منها بعضها ـ فان كانت متساوية لا يفضل بعضها على بعض ـ قسم المهر على أعدادها ، فان قبضت خمسة سقط عنه نصف المهر ووجب لها نصف مهر مثلها ، وإن كانت مختلفة ففيه وجهان (أحدهما) وهو قول أبى إسحاق أن المهر يقسط على أعدادها ، لأنه لا قيمة للخمر ، فاستوى الصغير والكبير

(والثانى) يقسط على كيلها . قال ابن الصباغ : وهو الأقيس ، لأنه لا يمكن اعتبار كيلها ، وإن أصدقها عشرة خنازير أو عشرة كلاب وقبضت خمسة ففيه ثلاثة أوجه . قال أبو إسحاق يعتبر بالعدد ، سواء فى ذلك الصغير والكبير فيسقط نصف المهر ويجب لها نصف مهر مثلها ، لأن الجميع لا قيمة له ، فكان الجميع واحداً (والثانى) يعتبر التفاوت فيها ، فيضم صغيران ويجعلان بإزاء كبير أو صغير ويجعلان بإزاء وسطين ، ويقسط المهر على ذلك

(والثالث) وهو قول أبى العباس بن سريج ـ أنه يقال : لو كانت هذه الخنازير أو الكلاب مما يجوز بيعها كم كانت قيمتها فيقسط المهر على ذلك ، لأنه لا يمكن اعتبارها بأنفسها ؛ فاعتبرت بغيرها كما قلنا فى الجناية على الحر التى لا أرش لها

فقدر أنها تعتبر بالجناية على العبد ، قال القاضى أبو الطيب والشيخ أبو إسحاق : فعلى هذا تقدر لو كانت غنما ، لأنها أقرب اليها .

قال ابن الصباغ : وهذا ليس بصحيح لأن الغنم ليست من جنس الخنازير والكلاب، فتعتبر بها بخلاف الحر والعبد ، وينبغى على هذا أن تقوم بما يتبايعونها بينهم ليقدر ذلك ، لأن لها قيمة فى الشرع كما يقدر أن لو جاز بيعها

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) ويثبت فى الصداق خيار الرد بالعيب ، لأن إطلاق العقد يقتضى السلامة من العيب ، فثبت فيه خيار الرد كالعوض فى البيع ، ولا يثبت فيه خيار الشرط ولا خيار المجلس ، لأنه أحد عوضى النكاح فلم يثبت فيه خيار الشرط وخيار المجلس كالبضع ، ولأن خيار الشرط وخيار المجلس جعلا لدفع الغبن ، والصداق لم يبن على المغابنة ، فإن شرط فيه خيار الشرط فقد قال الشافعى رحمه الله : يبطل النكاح ، فمن أصحابنا من جعله قولا لأنه أحد عوضى النكاح فبطل النكاح بشرط الخيار فيه كالبضع . ومنهم من قال لا يبطل وهو الصحيح . كما لا يبطل اذا جعل المهر خمراً أو خنزيرا ، وما قال الشافعى رحمه الله محمول على ما اذا شرط فى المهر والنكاح . ويجب مهر المثل لأن شرط الخيار لا يكون الا بزيادة جزء أو نقصان جزء ، فإذا سقط الشرط وجب اسقاط ما فى مقابلته ، فيصير الباقى مجهولا فوجب مهر المثل

وان تزوجها بألف على أن لا يتسرى عليها أو لا يتزوج عليها بطل الصداق لأنه شرط باطل أضيف الى الصداق فأبطله ، ويجب مهر المثل لما ذكرناه فى شرط الخيار .

(الشرح) قال الشافعى رضى الله عنه : اذا كان النكاح بألف على أن لأبيها ألفا فالمهر فاسد ، وجملة ذلك أنه اذا تزوج امرأة بألف على أن لأبيها أو لعمها ألفاً أخرى فالنكاح صحيح والمهر فاسد ولها مهر مثلها . وانما صح النكاح لأنه لا تفتقر صحته الى صحة المهر ، وانما فسد المهر لأن قوله على ان لأبيها ألفا ان أراد أن ذلك جميع الألفين صداقا لها فالصداق لا تستحقه غير الزوجة ،

فإذا فسد الشرط سقط المهر وقد نقصت المرأة من صداقها جبرا لأجل الشرط وإذا سقط الشـرط وجب أن يرد إلى المهر الجزء الذى نقصته لأجل الشرط ، وذلك مجهول ، والمجهول إذا أضيف إلى معلوم صار الجميع مجهولا ، ولو أصدقها صداقا مجهولا لم يصح ووجب لها مهر مثلها بالغاً ما بلغ

وقال الشافعى فى القديم : إذا تزوجها على ألف على أن لأبيها ألفا ولأمها ألفا صح النكاح واستحقت الثلاثة الاف ، وبه قال مالك . قال أبو على بن أبى هريرة فيجىء على هذا أن الالفين فى الأولة للزوجة وهذا مخالف لما نقله المزنى، وذكره الشـافعى فى الأم فى التى قبلها ، والأول أصح لأنه إنما أصدقها ألفا لا غير ، وما شرطه وأمها لا يستحقانه ولا تستحقه الزوجة لما قدمناه فى التى قبلها .

إذا ثبت هذا فذكر المزنى بعد الأولة ، ولو نـكح امرأة على ألف وعلى أن يعطى أباها ألفا كان جائزا ولها منعه وأخذها منه لأنها هبة لم تقبض أو وكالة . قال أصحابنا : أخطأ المزنى فى النقل ، لا فرق بين هـذه والأولة ، ويكون المهر فاسداً ، وإنما نقل المزنى جواب مسألة ثالثه ، ذكرها الشافعى رضى الله عنه فى الأم ، وهو إذا تزوجها بألفين على أن تعطى أباها منها ألفا فيكون المهر جائزا لأنها قد ملـكت الألفين بالعقد وما شرطه عليها من دفعها لأبيها ألفا لا يلزمها لأنه ان كان هبة منها فلا يلزم عليها قبل القبض أو على سبيل الوكالة منها لأبيها بالقبض ، وذلك لا يلزم عليها ، واذا لم يلزمها سقط ولا يؤثر ذلك فى المهر ، لأن المرأة لم ينقص من مهرها شىء لأجل هذا الشرط ولا الزوج زاد فى مهرها لـكى تعطى أباها ، لأنه لامنفعة له فى ذلك

قال الشيخ أبو حامد : وكذلك إذا أصدقها ألفين على أن يعطى الزوج منها ألفا لأبيها لم يؤثر ذلك ؛ لأن ذلك هبة منها أو توكيل فى قبضها والتصرف لها لا حق للزوج فى ذلك .

قال الشيخ أبو حامد : ومعنى هذا عندى أنه لم يرد به الشرط ، وانما أراد به أنه تزوجها على الفين على أن لها أن تعطى أباها ألفا ويعطى هو أباها ألفا فالحكم ما ذكرنا ، فأما إذا أخرج ذلك مخرج الشرط فينبغى ان يفسد المهر ، لأنه لم يملكها المهر ملكا تاما فيبطل . وقد حكى الصيمرى هذا عن بعض أصحابنا .

ثم قال الصيمرى : هو قياس التحقيق لو كان من عقود المعاوضات وما الفرض فيه العتق . فأما ما هو خلاف ذلك فلا

(فرع) إذا تزوج امرأة بألف على أن يطأها ليلا ونهاراً ، أو على أن ينفق عليها ويكسوها ويسافر بها على أن لا تخرج من بيته إلا بإذنه صح ذلك ولم يؤثر فى الصداق ، لأن ذلك من مقتضى العقد ، وإن شرط على أن له ان يتزوج عليها أو يتسرى صح ولم يؤثر لأنه لا ينافى مقتضاه

وإن تزوجها بمائة على أن لا يتزوج أو لا يتسرى عليها ، أو على أن لا يسافر بها أو على أن لا يكلم أباها وأمها أو على أن لا يكسوها ولا ينفق عليها أو على أن لها أن تخرج من بيتها متى شاءت فالنكاح صحيح والشرط والمهر فاسدان ، وبه قال مالك وأبو حنيفة .

وقال أحمد : الشرط صحيح ومتى لم يف لها به ثبت لها الخيار فى فسخ النكاح وروى ذلك عن عمر رضى الله عنه ومعاوية وعمر بن عبد العزيز وشريح وأبى الشعثاء رضى الله عنهم . دليلنا قوله صلى الله عليه وسلم : كل شرط ليس فى كتاب الله فهو باطل . وهذا الشرط ليس فى كتاب الله ، ويجب لها مهر مثلها ؛ لأنها تركت لأجل الشرط جزءاً من المهر ، فإذا سقط الشرط وجب رد الجزء وهو مجهول ، وإذا صار الصداق مجهولا وجب لها مهر مثلها .

وقال أبو على بن خيران : يجب لها أقل الأمرين من المسمى أو مهر المثل والمذهب الأول ، لأن المسمى قد سقط اعتباره ، وإنما الاعتبار بمهر المثل ، وإن تزوجها على ألف ـ ان لم يخرجها من بلدها وعلى ألفين إن أخرجها فالمهر فاسد ويجب لها مهر مثلها .

وقال أبو حنيفة : إن وفى لها بالشرط الأول كان لها الألف وان لم يف لها كان لها مهر مثلها . وقال أبو يوسف ومحمد : الشرطان جائزان . دليلنا انه دخل فى العقد على التخيير بين عوضين فكان العوض فاسدا كما لو قال : بعتك بألف نقدا وبألفين نسيئة .

(فرع) إذا اشترطت المرأة على الزوج حال العقد أن لا يطأها أو على أن يطأها فى الليل دون النهار ، أو على أن لا يدخل عليها سنة بطل النكاح لأن ذلك

شرط ينافى مقتضى العقد وان شرط الزوج ذلك عليها فى العقد لم يبطل النكاح لأن ذلك حق له يجوز له تركه فلم يؤثر شرطه ولا يلزمه الوفاء بالشرط لقوله صلى الله عليه وسلم: كل شرط ليس فى كتاب الله فهو باطل . وليس هذا فى كتاب الله فكان باطلا .

(فرع) إذا تزوج امرأة بمهر وشرط خيار المجلس أو خيار الثلاث فى عقد النكاح فسد النكاح ، لأن النكاح لا يقع إلا لازما ، فإذا شرط فيه الخيار نافى ذلك مقتضاه فأبطله . وإن شرط الخيار فى الصداق فقد قال الشافعى رضى الله عنه فى المختصر : كان المهر فاسدا . وظاهر هذا أن النكاح صحيح . وقال فى الإملاء ان المهر والنكاح باطلان . واختلف أصحابنا فيها فمنهم من قال هى على حالين ، فحيث قال ببطلان أراد اذا شرط الخيار فى النكاح والمهر أو فى النكاح وحده . وحيث قال لا يبطل النكاح أراد إذا شرط الخيار فى المهر وحده ، فهل يصح النكاح . فيه قولان

(أحدهما) لا يصح لأنه أحد عوض النكاح فبطل النكاح بشرط الخيار فيه كما لو شرطه فى البضع (والثانى) يصح النكاح وهو الصحيح لأنه لو جعل الصداق خمرا أو خنزيرا لم يبطل النكاح ، فلأن لا يفسد اذا شرط الخيار فى المهر أولى ، فاذا قلنا بهذا ففى المهر والخيار ثلاثة أوجه حكاها الشيخ أبو حامد (أحدها) أن المهر والخيار صحيحان ، لأن المهر كالثمن فى البيع ، فلما ثبت جواز الخيار فى الثمن ثبت جوازه فى المهر (والثانى) أن المهر صحيح والخيار باطل ، لأن المقصود هو الصداق والخيار تابع ، فثبت المقصود وبطل التابع (والثالث) أن المهر والخيار باطلان ـ وهو المنصوص فى الام ـ لأن الخيار لما لم يثبت فى العوض وهو البضع لم يثبت فى المعوض، واذا سقط الخيار فقد ترك لأجله جزء من المهر فيجب رده وذلك مجهول . وإذا كان المهر مجهولا وجب مهر المثل . قال الشيخ أبو حامد : الوجهان الاولان لا يساويان استماعهما

(فرع) ويثبت فى الصداق خيار الرد بالعيب الفاحش واليسير ومايعد عيبا فى مثله . وقال أبو حنيفة ومحمد وأبو يوسف : يرد بالفاحش دون اليسير . دليلنا أن إطلاق العقد يقتضى سلامة المهر من العيب ، فاذا رد بالفاحش رد باليسير كالمبيع

قال المصنف رحمه الله :

(فصل) وتملك المرأة المسمى بالعقد ان كان صحيحاً ، ومهر المثل إن كان فاسداً ؛ لأنه عقد يملك المعوض فيه بالعقد فملك العوض فيه بالعقد كالبيع ، وان كانت المنكوحة صغيرة أو غير رشيدة سلم المهر إلى من ينظر فى مالها ، وان كانت بالغة رشيدة وجب تسليمه اليها ، ومن أصحابنا من خرج فى البكر البالغة قولا آخر أنه يجوز أن يدفع اليها أو إلى أبيها وجدها ، لأنه يجوز اجبارها على النكاح فجاز للولى قبض صداقها بغير إذنها كالصغيرة ، فان قال الزوج لا أسلم الصداق حتى تسلم نفسها ، فقالت المرأة : لا أسلم نفسى حتى أقبض الصداق ففيه قولان .

(أحدهما) لا يجبر واحد منهما بل يقال : من سلم منكما أجبرنا الاخر .

(والثانى) يؤمر الزوج بتسليم الصداق الى عدل وتؤمر المرأة بتسليم نفسها فاذا سلمت نفسها أمر العدل بدفع الصداق اليها كالقولين فيمن باع سلعه بثمن معين ، وقد بينا وجه القولين فى البيوع ؛ فان قلنا : بالقول الأول لم تجب لها النفقة فى حال امتناعها ، لأنها ممتنعة بغير حق ، وان قلنا بالقول الثانى وجبت لها النفقة لانها ممتنعة بحق وان تبرعت وسلمت نفسها ووطئها الزوج أجبر على دفع الصداق وسقط حقها من الامتناع ، لان بالوطء استقر لها جميع البدل فسقط حق المنع كالبائع إذا سلم المبيع قبل قبض الثمن .

(الشرح) الاحكام : تملك المرأة جميع المهر المسمى لها بنفس العقد إن كان ما سماه صحيحا ، وان كان باطلا ملكت مهر المثل ، وبه قال أبو حنيفة وأحمد رضى الله عنه وقال مالك رضى الله عنه : تملك نصف المسمى بالعقد والنصف الباقى أمانة فى يدها للزوج فإن دخل بها استقر ملكها على الجميع .

دليلنا قوله تعالى « وآتوا النساء صدقاتهن نحلة » فلولا أنهن ملكنه لما أمر بتسليمه اليهن ، ولأنه عوض عن مقابلة معوض فملك فى الوقت التى تملك به المعوض كالأثمان فى البيع ، وان كانت المنكوحة صغيرة أو كبيرة . مجنونة أو سفيهة فللأب والجد أن يقبض صداقها لان له ولاية على مالها ، وإن كانت بالغة

عاقلة رشيدة سلم المهر اليها أو إلى وكيلها ، وليس لوليها قبضه بغير إذنها . ومن أصحابنا من قال : إذا قلنا ان الذى بيده عقدة النكاح هو الأب والجد جاز له أن يقبض المهر بغير اذنها لانه إذا جاز له العفو عنه فلأن يجوز له قبضه أولى ، والاول أصح ، لانه إنما يجوز له العفو على هذا القول عن مهر الصغيرة أو المجنونة فأما الكبيرة العاقلة فليس له العفو عن مهرها بلا خلاف ، هذا مذهبنا . وقال أبو حنيفة ان كانت المنكوحة ثيبا لم يكن له قبض صداقها بغير اذنها ، وان كانت بكراً فله قبض صداقها بغير اذنها الا أن تنهاه عن قبضه . دليلنا أنها بالغة رشيدة فلم يكن له قبض صداقها بغير اذنها كالبنت .

(فرع) اذا كان الصداق حالا فطالبته الزوجة بتسليمه فقال الزوج : لا ، وطلب امهاله الى أن يجمعه ، وطالب بتسليم الزوجة اليه لم تجبر الزوجة على تسليم نفسها اليه الى أن يجمع صداقها ويسلمه اليها لان المهر فى مقابلة البضع وعوض عنه ، فإذا امتنع الزوج من تسليم العوض لم تجبر المرأة على تسليم المعوض كما لا يجبر البائع على تسليم المبيع اذا امتنع المشترى من تسليم الثمن ، وان قال الزوج لا أسلم الصداق حتى تسلم نفسها . وقالت الزوجة لا أسلم نفسى حتى يسلم الى الصداق فقد ذكر المصنف فيمن اشترى سلعة بثمن فى ذمته ، فقال البائع لا أسلم السلعة حتى أقبض الثمن ، وقال المشترى لا أسلم الثمن حتى أقبض السلعة ثلاثة اقوال مشهورة أتى عليها الامام تقى الدين السبكى فى شرح المهذب فى شروعه فى تكملة المجموع .

(أحدها) لا يجبر واحد منهما على التسليم ، بل أيهما تطوع بالتسليم أجبر الآخر .

(والثانى) أنهما يجبران معا ؛ فيجبر البائع على تسليم السلعة الى عدل ، يجبر المشترى على تسليم الثمن الى عدل ، ثم يسلم السلعه الى المشترى والثمن الى البائع ، وبأيهما بدأ جاز .

(والثالث) أن البائع يجبر على تسليم السلعة الى المشترى ثم يجبر المشترى على تسليم الثمن الى البائع . وأما الصداق فلا يجىء فيه الا القولان الأولان .

(أحدهما) لا يجبر واحد منهما على التسليم بل يقال لهما : أيكما تطوع بالتسليم

أجبر الآخر على التسليم (والثانى) يجبر الزوج على تسليم الصداق الى عدل ، فإذا حصل الصداق فى يد عدل أجبرت الزوجة على تسليم نفسها الى الزوج ، ولا يجىء فى هذا القول أن تسلم المرأة نفسها الى عدل كما قلنا فى البائع ، لان معنى قولنا : تسلم نفسها نعنى به يطؤها الزوج ؛ وهذا لا يحصل بتسليمها نفسها الى العدل ، ويسقط ههنا القول الثالث فى البيع وهو قولنا : يجبر البائع على تسليم السلعه أولا الى المشترى لانا اذا أجبرنا البائع على هذا التسليم تسلم السلعه وأخذ الثمن من المشترى ان كان حاضراً ، وان كان غائبا حجرنا على المشترى فى السلعه فى جميع أمواله الى أن يسلم الثمن ، والزوجه ههنا بمعنى البائع ، فلو أجبرناها على تسليم نفسها وهو تمكينها الزوج من وطئها ربما أتلف ماله بعد وطئها أو أفلس ، وقد أتلف بضعها لأنه لا يتأتى فيه ما ذكرناه فى السلعه ، هذا نقل أصحابنا البغداديين .

وقال المسعودى : بل فى الصداق ثلاثه أقوال أيضا (أحدها) لا يجبران (والثانى) يجبران بأن يوضع الصداق على يد عدل ؛ وتجبر المرأة على التمكين . (والثالث) يجبر الزوج ، والأول هو المشهور . فاذا قلنا لا يجبران لم يجب لها نفقه فى حال امتناعها ، لأن الزوج لا يختص بالامتناع . وان قلنا يجبر الزوج أولا فلها النفقه فى حال امتناعها قبل تسليم الزوج المهر ، لان المنع من جهته وان تبرعت المرأة وسلمت نفسها اليه ووطئها الزوج لم يكن لها أن تمتنع بعد ذلك حتى تقبض صداقها .

دليلنا أن التسليم الاول تسليم استقر به المسمى برضاها فلم يكن لها الامتناع بعد ذلك ، كما لو سلم البائع سلعه قبل قبض الثمن ثم أراد أخذها ، وان أكرهها الزوج فوطئها فهل لها أن تمتنع بعد ذلك الى ان تقبض المهر ؟ فيه وجهان حكاهما فى الابانه .

(احدهما) لها ان تمتنع كما لو قبض المشترى العين المبيعه واكره البائع على ذلك قبل قبض الثمن .

(والثانى) ليس لها ان تمتنع لأن المهر قد تقرر بذلك والبائع اذا استرد

المبيع ارتفع التقرير ، وإن كان الصداق مؤجلا فطالب الزوج تسليمه اليه قبل حلول الاجل لم يكن لها أن تمتنع ، فإن امتنعت أجبرت لانها رضيت بتأخير حقها إلى الاجل فلم يكن لها الامتناع من التسليم كما لو باع سلعة بثمن مؤجل فليس له الامتناع من تسليمها قبل حلول الاجل : فإن تأخر تسليمها لنفسها حتى حل الأجل فهل لها الامتناع من تسليمها إلى أن تقبض الصداق ؟ فيه وجهان .

قال الشيخ أبو حامد : ليس لها أن تمتنع لان التسليم مستحق عليها قبل المحل فلم يسقط ما وجب عليها بحلول دينها .

وقال القاضي أبو الطيب : لها أن تمتنع ، وقد ذكر المزني في المنثور أنه إذا باع سلعه بثمن مؤجل فلم يقبض السلعة حتى حل الأجل فإن للبائع الامتناع من تسليم السلعة حتى يقبض الثمن ، ووجهه أن لها المطالبة بالمهر فكان لها الامتناع كما لو كان حالا ، وإن كان بعض الصداق مؤجلا وبعضه حالا فلها أن تمتنع من تسليم نفسها حتى تقبض المؤجل كما لو كان جميعه مؤجلا .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(فصل) فان كان الصداق عينا لم تملك التصرف فيه قبل القبض كالمبيع ، وإن كان دينا فعلى القولين في الثمن ، وإن كان عيناً فهلكت قبل القبض هلك من ضمان الزوج كما يهلك المبيع قبل القبض من ضمان البائع ؛ وهل ترجع الى مهر المثل ، أو إلى بدل العين ، فيه قولان .

قال في القديم : ترجع الى بدل العين لأنه عين يجب تسليمها لا يسقط الحق بتلفها ، فوجب الرجوع الى بدلها كالمغصوب ، فعلى هذا ان كان مما له مثل وجب مثله وان لم يكن له مثل وجبت قيمته أكثر ما كانت من حين العقد الى أن تلف كالمغصوب ؛ ومن أصحابنا من قال : تجب قيمته يوم التلف ، لأنه وقت الفوات والصحيح هو الأول ، لان هذا يبطل بالمغصوب .

وقال في الجديد : ترجع الى مهر المثل لأنه عوض معين تلف قبل القبض وتعذر الرجوع الى المعوض ، فوجب الرجوع الى بدل المعوض كما لو اشترى ثوباً بعبد فقبض الثوب ولم يسلم العبد وتلف عنده ، فانه يجب قيمة الثوب ،

وان قبضت الصـداق ووجدت به عيبا فردته أو خرج مستحقا رجعت فى قوله القديم الى بدله ، وفى قوله الجديد الى مهر المثل . وان كان الصداق تعليم سورة من القرآن فتعلمت من غيره أو لم تتعلم لسوء حفظها فهو كالعين اذا تلفت فترجع فى قوله القديم الى أجرة المثل : وفى قوله الجديد الى مهر المثل .

(الشرح) الأحكام : اذا كان الصداق عينا فأرادت الزوجة أن تتصرف فيها بالبيع والهبة وما أشبههما قبل القبض لم يصح ، وقال بعض الناس : يصح هكذا أفاده العمرانى .

دليلنا أن النبى صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع مالم يقبض ، وهذا لم يقبض وان كان الصداق دينا فى الذمة فهل يصح لها بيعه قبل قبضه ، فيه قولان كالثمن فى الذمة .هذا نقل أصحابنا البغداديين

وقال المسعودى : اذا أرادت بيع الصداق قبل أن تقبضه فهل يصح بيعها له فيـه قولان ـ ان قلنا : انه مضمون فى يد الزوج ضمان العقد لم يصح ، وان قلنا ضمان اليد صح وأراد بذلك اذا كان الصداق عينا .

(مسألة) اذا أصدق الرجل امرأته عينا معينة اما حيوانا أو ثوبا أو سيارة فانها تكون مضمونة على الزوج مالم تقبضها الزوجة ، لأنها مضمونة عليه بعقد معاوضة فكانت مضمونة كالمبيع ، فان قبضتها الزوجة سقط الضمان عنه وصار ضمانها على الزوجة ، فان هلكت العين فى يد الزوج قبل أن تقبضها الزوجة سقط حقها من العين لأنها قد تلفت ولا يبطل النكاح ، لأن النكاح ينعقد بغير مهر فلا يبطل بتلف الصداق ، ويجب على الزوج ضمان الصداق للزوجة لأنا قد تبينا أنه مضمون عليه الى أن تقبضه الزوجة ، وفيما يضمنه قولان .

قال فى الجديد : ترجع عليه بمهر مثلها وهو اختيار المزنى وأبى اسحاق المروزى والقاضى أبى الطيب ، لأنه عوض معين تلف قبل القبض وتعذر الرجوع الى المعوض فوجب الرجوع الى بدل المعوض لا الى بدل العوض كما لو اشترى فرسا بثوب وقبض الفرس وتلف الفرس والثوب عنده ، فانه يجب عليه قيمة الفرس لا قيمة الثوب ، فقولنا : عوض معين احتراز من العوض فى الذمة ، وقولنا :

تعـذر الرجوع إلى المعوض لأن الشرع قد منع الزوجة من الرجوع إلى بضعها بتلف الصـداق فرجعت إلى بدله . وفيه احتراز من المبيع إذا تلف قبل القبض والثمن باق .

وقال فى القديم : ترجع عليه ببدل العين التالفة ، وهو قول أبى حنيفة وأحمد رضى الله عنهما واختيار الشيخ أبى حامد وابن الصباغ لأن كل عين يجب تسليمها فلا يسقط ضمانها بتلفها : فإذا تلفت ضمنت ببدلها كالعين المغصوبة . فقولنا عين يجب تسليمها احتراز عما لا يجب تسليمه كالعين المبيعة والثمن قبل البيع . وقولنا لا يسقط ضمانها بتلفها احتراز من العين المبيعة والثمن إذا تلفا قبل القبض ، فإذا قلنا بقوله الجديد فإن تلفت العين بآفة سماوية أو بفعل الزوج وجب لها مهر مثلها سواء سلمت نفسها الى الزوج وطالبته بها فمنعها أو لم تطالبه بها ولم يمنعها . وان أتلفتها الزوجة كان قبضاً لها ، وان أتلفها أجنبى فظاهر قول الشافعى رضى الله عنه أنها بالخيار بين أن ترجع على الزوج بمهر المثل ويرجع الزوج على الأجنبى ببدل الصداق الذى أتلف

وإن نقص الصداق فى يد الزوج بآفة سماويه أو بفعل الزوج وجب لها مهر مثلها سواء سلمت نفسها إلى الزوج وطالبته بها فمنعها أو لم تطالبه بها ولم يمنعها، وان أتلفتها الزوجة كان قبضاً لها ، وان أتلفها أجنبى فظاهر قول الشافعى رضى الله عنه أنها بالخيار بين أن ترجع على الزوج بمهر المثل ويرجع الزوج على الاجنبى ببدل الصـــداق الذى أتلف وبين أن ترجع الزوجة على الأجنبى ببدل ما أتلف . وإن نقص الصـداق فى يد الزوج بآفة سماوية أو بفعل الزوج فهى بالخيار بين أن تأخذ الصداق ناقصاً ولا شىء لها وبين أن ترجع على الزوج بمهر مثلها . وان نقص بفعل أجنبى فهى بالخيار بين أن ترجع على الزوج بمهر مثلها ويأخذ الزوج من الاجنبى الأرش ، وبين أن تأخذ الصداق والارش من الأجنبى وان نقص الصـداق بفعل الزوجة أخذته ناقصاً ولا شىء لها . وان قلنا بقوله القديم فحكمه فى يد الزوج حكم المغصوب إلا أنه لا يأثم اذا لم يمنعها من أخـذه فإذا تلف فى يد الزوج بآفة سماويه أو بفعل الزوج رجعت عليه بمثله إن كان له مثل، وبقيمته ان لم يكن له مثل، ومتى تعتبر قيمته ؟ من أصحابنا من قال فيه قولان

ومنهم من قال : هما وجهان ، المنصوص أنه تعتبر قيمته أكثر ما كانت من حين العقد إلى حين التلف لأنه مضمون على الزوج فى جميع هـذه الأحوال فهو كالمغصوب . والثانى يرجع عليه بقيمته يوم التلف ، والأول أصح

وإن نقص فى يد الزوج نظرت - فان كان بآفة سماوية - كانت بالخيار بين أن ترد الصداق لأجل النقص وترجع ببدله عليه ، وبين أن تأخذه ناقصاً وتأخذ منه أرش النقص لأنه كالغاصب

وان نقص بفعل الزوج - فان اختارت رده وأخـذ بدله - كان لها ، وان اختارت أخذه - فان لم يكن للجناية أرش مقدر - أخذت الصداق وما نقص من قيمته ، وان كان لها أرش مقدر بأن كانت إبلا جبت أسنمتها أو عبداً قطعت يده رجعت عليه بأكثر الأمرين من نصـف قيمة العين أو ما نقص من قيمتها بذلك ، لأنه اجتمع فيه ضمان اليد والأسنمة والجناية ، فان نقص بفعل أجنبي فاختارت رده على الزوج وأخذ بدله منه كان لها ذلك لأجل النقص ورجع الزوج على الاجنبي بالارش ، فان اختارت أخـذه أخذته ، فان كان الارش غير مقدر - فان كان مثل أرش النقص أو أكثر من أرش النقص - رجعت به على من شاءت منهما . وان كان الارش المقدر أقل من أرش النقص كانت بالخيار بين ان ترجع بأرش النقص على الزوج وبين ان ترجع على الاجنبي بالارش المقدر وترجع على الزوج بتمام أرش النقص

قال المصنف رحمه الله :

(فصـــل) ويستقر الصداق بالوطء فى الفرج لقوله عز وجل : وكيف تأخذونه وقد أفضى بعضكم الى بعض ، وفسر الإفضـاء بالجماع ، وهل يستقر بالوطء فى الدبر ؟ فيه وجهان (أحدهما) يستقر لأنه موضع يجب بالإيلاج فيه الحـد ، فأشبه الفرج (والثانى) لا يستقر لأن المهر فى مقابلة ما يملك بالعقد ، والوطء فى الدبر غير مملوك فلم يستقر به المهر ويستقر بالموت قبل الدخول ، وقال أبو سعيد الاصطخرى : إن كانت أمة لم يستقر بموتها لأنها كالسلعة تباع وتبتاع ، والسلعة المبيعة إذا تلفت قبل التسليم سقط الثمن . فكذلك اذا ماتت

الأمة وجب ان يسقط المهر ، والمذهب انه يستقر ، لأن النكاح الى الموت ، فاذا ماتت انتهى النكاح فاستقر البدل كالإجارة إذا انقضت مدتها .

واختلف قوله فى الخلوة فقال فى القديم : تقرر المهر ، لأنه عقد على المنفعة فكان التمكين فيه كالاستيفاء فى تقرر البدل كالإجارة . وقال فى الجديد: لا تقرِّرُ لأنه خلوة فلا تقرر المهر كالخلوة فى غير النكاح

(الشرح) الاحكام : يستقر المهر المسمى للزوجة بالوطء فى الفرج لقوله تعالى « وان طلقتموهن من قبل ان تمسوهن وقد فرضتم لهن فريضة فنصف مافرضتم » الآيه . فلما اثبت له الرجوع بنصف الصداق بالطلاق قبل المسيس دل على انه لا يرجع عليها بشيء منه بعد المسيس . وقال فى آية اخرى « وكيف تأخذونه وقد افضى بعضكم الى بعض » ففسر الإفضاء بالجماع

وان وطئها فى دبرها فهل يستقر به المسمى ، فيه وجهان . من أصحابنا من قال لا يستقر لها لأن المهر فى مقابلة ما يملك بالعقد والوطء فى الدبر غير مملوك فى العقد فلم يستقر به المهر . والثانى ـ وهو المذهب ـ انه يستقر به المسمى ، وبه قطع صاحب المهذب ؛ ووجهه ان الوطء فى الدبر لا يختلف عن المجامعة فيما يتضمن تكميلا كالاحصان والتحليل ، او يوجب تخفيفا مثل الخروج من موجب العنة والايلاء .

ووجه ذلك انه يتضمن تغليظا فى إلحاقه بالوطء كما نقول فى وجوب الغسل دون الانزال وافساد العبادات ، والحكم بتقرير المهر اثبات تغليظ على الرجل حتى لو انه جامع امرأة فى دبرها بالشبهة وجب المهر لأنه موضع يجب بالايلاج فيه الحد فاستقر به المهر كالفرج .

قال اصحابنا : وجميع الاحكام التى تتعلق بالوطء فى الدبر اربعة احكام : الاحلال للزوج الاول ، والاحصان ، وايفاء المولى ، والخروج من العنة . وان وطىء اجنبية فى دبرها وجب لها مهر المثل ، وان حلف ان لا يطأ امرأة فوطئها فى دبرها حنث فى يمينه ، قال الصيمرى : فان آلى من امرأته اكثر من اربعة اشهر فوطئها فى دبرها لم يسقط بذلك حقها ، وينبغى ان يحنث فى يمينه ،

وإن أتت امرأته بولد يلحقه بالإمكان ـ ولم يقر بوطئها ـ فهل يستقر عليه المهر المسمى فيه قولان (أحدهما) يستقر، لأن إلحاق النسب به يقتضى وجود الوطء (والثانى) لا يستقر عليه لأن الولد يلحق بالامكان، والمهر لا يستقر إلا بالوطء والاصل عدم الوطء.

(فرع) وإن مات أحد الزوجين قبل الدخول استقر لها المهر؛ وهو المذهب لأن النكاح الى الموت فاستقر به المهر كالاجارة اذا انقضت مدتها

(فرع) وإن خلا الزوج بها ولم يجامعها فهل حكم الخلوة حكم الوطء فى تقرير المهر ووجوب العدة، اختلف العلماء فيها، فذهب الشافعى فى الجديد الى أنه لا تأثير للخلوة فى تقرير المهر ولا فى وجوب العدة. وبه قال ابن عباس وابن مسعود رضى الله عنهم. ومن التابعين الشعبى وابن سيرين وطاوس، ومن الفقهاء أبو ثور. وذهبت طائفة إلى أن الخلوة كالوطء فى تقرير المهر ووجوب العدة، وذهب اليه ابن عمر وعلى بن أبى طالب رضى الله عنهم، وبه قال الزهرى والاوزاعى والثورى وأبو حنيفة وأصحابه.

وقال مالك: ان خلا بها خلوة تامة بأن يخلو بها فى بيته دون بيت أبيها أو أمها رجح بها قول من يدعى الاصابة منهما عند اختلافهما بها، ولا تكون الخلوة كالوطء فى تقرير المهر ووجوب العدة. وقال الشافعى فى القديم: للخلوة تأثير. وقال الخرقى من الحنابلة: اذا خلا بها بعد العقد فقال: لم أطأها وصدقته لم يلتفت الى قولها وكان حكمها حكم الدخول فى جميع أمورهما الا فى الرجوع الى زوج طلقها ثلاثا أو فى الزنا فانهما يجلدان ولا يرجمان. اه

وقال ابن قدامه: اذا خلا بامرأته بعد العقد الصحيح استقر عليه مهرها ووجبت عليها العدة وان لم يطأ، روى ذلك عن الخلفاء الراشدين وزيد وابن عمر، وبه قال على ابن الحسين وعروة وعطاء والزهرى والاوزاعى واسحاق وأصحاب الرأى، وهو قديم قولى الشافعى؛ وقال شريح والشعبى وطاوس وابن سيرين والشافعى فى الجديد: لا يستقر الا بالوطء. وحكى ذلك عن ابن مسعود وابن عباس، وروى نحو ذلك عن أحمد، وروى عنه يعقوب بن بختان أنه قال: اذا صدقته المرأة أنه لم يطأها لم يكمل لها الصداق وعليها العدة، وذلك

لقوله تعالى « وإن طلقتموهن من قبل أن تمسوهن وقد فرضتم لهن فريضة فنصف مافرضتم » وهذه قد طلقها قبل أن يمسها ، وقال تعالى « وكيف تأخذونه وقد أفضى بعضكم إلى بعض » ثم قال : ولنا إجماع الصحابة رضى الله عنهم . روى الامام أحمد والأثرم بإسنادهما عن زرارة بن أبى أوفى قال: قضى الخلفاء الراشدون المهديون أن من أغلق بابا أو أرخى سترا فقد وجب المهر ووجبت العدة . ورواه أيضا عن الأحنف عن عمر وعلى وعن سعيد بن المسيب وعن زيد بن ثابت : عليها العدة ولها الصداق كاملا ، وهذه قضايا تشتهر ولم يخالفهم أحد فى عصرهم فكان إجماعا . وما رووه عن ابن عباس لا يصح . قال أحمد : يرويه ليث وليس بالقوى ، وقد رواه حنظلة خلاف ما رواه ليث ، وحنظلة أقوى من ليث ، وحديث ابن مسعود منقطع . قاله ابن المنذر اه

قلت : لما كان للشافعى رضى الله عنه قولان القديم والجديد ، فإن من أصحابنا من قال : مذهب الشافعى فى القديم فى الخلوة كقول مالك فى أنه يرجح بها قول من ادعى الاصابة لاغير ؛ إلا أنه لا فرق عندنا على هذا بين أن يخلو بها فى بيته أو فى بيت أبيها أو أمها

ومنهم من قال: مذهب الشافعى فى الجديد كقول أبى حنيفة ـ وهو المنصوص فى القديم ـ فإذا قلنا بهذا فوجهه ما روى أن النبى صلى الله عليه وسلم قال « من كشف عن قناع امرأة فقد وجب عليه المهر »

وروى عن عمر رضى الله عنه أنه قال : إذا أغلق الباب وأرخى الستر فقد وجب المهر . ما ذنبهن ان جاء العجز من قبلكم ؛ ولأنه عقد على المنفعة فكان التمكين منها كالاستيفاء فى تقرير البدل كالاجارة

وإذا قلنا بقوله الجديد قال العمرانى وأكثر الأصحاب ، وهو الاصح ، فوجهه قوله تعالى « وان طلقتموهن من قبل أن تمسوهن وقد فرضتم لهن فريضة فنصف ما فرضتم » ولم يفرق بين أن يخلو بها أو لا يخلو بها ، ولأن الخلوة لو كانت كالاصابة فى تقرير المهر ووجوب العدة لكانت كالاصابة فى وجوب مهر المثل فى الشبهة .

وأما الخبر فحمول على أنه كنى عن الجماع بكشف النقاب ، وما روى عن أمير المؤمنين عمر رضى الله عنه فقد روينا عن ابن عباس وابن مسعود خلاف ذلك ، فإذا قلنا بقوله الجديد فوطئها فيما دون الفرج فسبق الماء الى فرجها وجبت عليها العدة وجهاً واحداً ، لأن رحمها قد صار مشغولا بمائه ، وإن أتت من ذلك بولد لحقه نسبه ، وهل يستقر بذلك صداقها ، فيه وجهان .

(أحدهما) يستقر ، لأن رحمها قد صار مشغولا بمائه فهو كما لو وطئها .

(والثانى) لا يستقر به المهر لأنه لم يوجد الجماع التام فهو كما لو لم يسبق إلى فرجها ماؤه ، ولو استدخلت المرأة ماء غير ماء زوجها وظنته ماء زوجها لم يثبت له حكم من الأحكام لأن الشبهة تعتبر فى الرجل .

قال المصنف رحمه الله :

(فصل) وإن وقعت فرقة بعد الدخول لم يسقط من الصداق شيء لأنه استقر فلم يسقط ، فإن أصدقها سورة من القرآن وطلقها بعد الدخول وقبل أن يعلمها ففيه وجهان .

(أحدهما) يعلمها من وراء حجاب كما يستمع منها حديث رسول الله صلى الله عليه وسلم .

(والثانى) لا يجوز أن يعلمها لأنه لا يؤمن الافتتان بها ويخالف الحديث ، فإنه ليس له بدل ، فلو منعناه من سماعه منها أدى إلى إضاعته ، وفى الصداق لا يؤدى إلى إبطاله ، لأن فى قوله الجديد ترجع إلى مهر المثل ، وفى قوله القديم ترجع إلى أجرة التعليم ، وإن وقعت الفرقة قبل الدخول نظرت — فإن كانت بسبب من جهة المرأة ، بأن أسلمت أو ارتدت أو أرضعت من ينفسخ النكاح برضاعه — سقط مهرها لأنها أتلفت المعوض قبل التسليم ، فسقط البدل كالبائع إذا أتلف المبيع قبل التسليم ، وإن كانت بسبب من جهته نظرت — فإن كان بطلاق — سقط نصف المسمى لقوله تعالى « وإن طلقتموهن من قبل أن تمسوهن وقد فرضتم لهن فريضة فنصف ما فرضتم » وإن كان باسلامه أو بردته سقط نصفه ، لأنه فرقة انفرد الزوج بسببها قبل الدخول ؛ فتنصف بها المهر

كالطلاق ، وان كان بسبب منهما نظرت — فان كان بخلع — سقط نصفه ، لان المغلب فى الخلع جهة الزوج ، بدليل أنه يصح الخلع به دونها وهو اذا خالع مع أجنبي فصار كما لو انفرد به ، وان كان بردة منهما ففيه وجهان .

(أحدهما) يسقط نصفه ، لان حال الزوج فى النكاح أقوى فسقط نصفه كما لو ارتد وحده .

(والثانى) يسقط الجميع لأن المغلب فى المهر جهة المرأة ، لأن المهر لها فسقط جميعه كما لو انفردت بالردة فان اشترت المرأة زوجها قبل الدخول ففيه وجهان . أحدهما : يسقط النصف ، لان البيع تم بالزوجة والسيد وهو قائم مقام الزوج ، فصار كالفرقة الواقعة بالخلع . والثانى : يسقط جميع المهر لأن البيع تم بها دون الزوج فسقط جميع المهر كما لو أرضعت من ينفسخ النكاح برضاعه

(فصل) وان قتلت المرأة نفسها فالمنصوص أنه لا يسقط مهرها ، وقال فى الامة : اذا قتلت نفسها أو قتلها مولاها أنه يسقط مهرها ؛ فنقل أبو العباس جوابه فى كل واحدة منهما الى الاخرى وجعلهما على قولين .

(أحدهما) يسقط المهر لانها فرقة حصلت من جهتها قبل الدخول فسقط بها المهر ، كما لو أرتدت .

(والثانى) لا يسقط وهو اختيار المزنى وهو الصحيح ، لانها فرقة حصلت بانقضاء الاجل وانتهاء النكاح فلا يسقط بها المهر كما لو ماتت . وقال أبو اسحاق لا يسقط فى الحرة ويسقط فى الامة على ما نص عليه ، لان الحرة كالمسلمة نفسها بالعقد ، ولهذا يملك منعها من السفر ، والأمة لا تصير كالمسلمة نفسها بالعقد ولهذا لا يملك منعها من السفر مع المولى : وان قتلها الزوج استقر مهرها لان اتلاف الزوج كالقبض كما أن اتلاف المشترى للمبيع فى يد البائع كالقبض فى تقرير الثمن .

(الشرح) الأحكام : اذا تزوج رجل امرأة ودخل بها ثم افترقا لم ترجع الى الزوج بشيء من المهر سواء كانت الفرقة من جهة الزوج أو من جهة الزوجة أو من جهتهما أو من جهة أجنبي ، لان المهر قد استقر بالدخول فلم تؤثر الفرقة

وهذا لا خلاف فيه ، وإن أصدقها تعليم سورة من القرآن ودخل بها ثم طلقها قبل أن يعلمها — فإن كان الصداق تحصيل التعليم — لم يتعذر ذلك بسبب الطلاق بل يستأجر لها إمرأة أو محرماً لها ليعلمها ، وإن كان الصداق على أن يعلمها بنفسه ففيه وجهان .

(أحدهما) أن التعليم لا يتعذر بذلك ، بل يعلمها من وراء حجاب كما يجوز أن يسمع أخبار رسول الله صلى الله عليه وسلم من وراء حجاب ، وقد ثبت أن كثيراً من راويات الحديث وحافظاته يسمعن الأجانب عنهن من وراء حجاب وقد كان أبو الشعثاء جابر بن زيد يسأل عائشة من وراء حجاب وكان يسألها عن أخص أحوال النبي صلى الله عليه وسلم حتى في جماعه وكانت رضى الله عنها تخجل حتى ليحمر وجهها كما يقول عروة ابن أختها ، وهي تقول : سل يا إبناه ومن هؤلاء الراويات أمة الواحد بنت يامين والدة يحيي بن بشير وأمية بنت عبد الله وبهسة الفزارية وحميدة راوية أم سلمة وخيرة أم الحسن البصرى وزينب بنت معاوية زوج ابن مسعود وراويته والعالية بنت سويد وثقها العجلي وعمرة بنت قيس عن عائشة روى عنها جعفر بن كيسان في صحيح ابن خزيمه ، وأم القلوص عن عائشه وعنها المتوكل بن الفضل في الدارقطني وهن لا يحصين .

(والثاني) أن تعليمه لها قد تعذر لأنه يخاف عليهما الافتتان ، ويخالف سماع الأخبار لأنا لو لم نجز ذلك لضاع ما عندها من الأخبار ، فإذا قلنا بهذا كان كما لو تلف الصداق قبل القبض فيرجع في قوله الجديد إلى مهر مثلها ، وفي قوله القديم الى أجرة التعليم ، وان وقعت الفرقه بينهما قبل الدخول نظرت ، فان كانت بسبب من جهتها بأن أسلمت أو ارتدت أو أرضعته أو أرضعت زوجة له صغيرة أو وجد أحدهما بالآخر عيباً ففسخ النكاح سقط جميع المهر لأن البضع تلف قبل الدخول بسبب من جهتها ، فسقط ما نقابله كالمبيع اذا تلف قبل القبض ؛ وان كان بسبب من جهة الزوج بأن طلقها سقط عنه نصف المسمى ان كانت لم تقبضه ، ووجب عليها رد نصفه ان كانت قبضته لقوله تعالى « وان طلقتموهن من قبل أن تمسوهن وقد فرضتم لهن فريضه فنصف مافرضتم »

وهكذا إن أسلم أو ارتد فحكمه حكم الطلاق ، لأن الفرقة من جهته فهو كالطلاق وإن كانت الفرقة بسبب منهما نظرت - فإن كانت بخلع فحكمه حكم الطلاق لأن المغلب فيه جهة الزوج بدليل أنه يصح خلعه مع الأجنبي ، وإن كان بردة منهما بأن ارتدا معاً فى حالة واحدة ففيه وجهان .

(أحدهما) حكمه حكم الطلاق لأن حال الزوج فى النكاح إذا خالع زوجته بعد الدخول بها ثم تزوجها ثانيا فى العدة ثم طلقها قبل أن يدخل بها يتنصف المسمى . وقال أبو حنيفة : لا يتنصف بل يبقى حقها فى الجميع كما كان . دليلنا ظاهر الآية « فنصف ما فرضتم » ولأن الوطء الموجود فى النكاح الاول يقابله المهر الأول ، فلو قلنا : لا يتنصف المهر فى النكاح الثانى لصار ذلك الوطء مؤثراً أقوى فى تقرير المهرين ، والتسليم الواحد لا يقابل بدلين وعلى هذا الخلاف لو وطىء إمرأة بالشبهة أو أعتق أم ولده ونكحها ثم طلقها ينصف المهر عندنا ، وعند أبى حنيفة لا ينصف ويجعل دوام شغل الرحم كالوطء فى تقرير المهر كله وتخالف هذه المسألة المخالعة حيث غلبنا جانب الزوج لأن الزوج يتصور منه أن ينفرد بالمخالعة عنها بأن تخالع مع أجنبي والمرأة لا يتصور منها الانفراد بالمخالعة عن الزوج فيترجح جانب الزوج ، وههنا فى المبايعة سواء رجحنا أحد الجانبين بالاستدعاء كما فى الحرة إذا قتلت نفسها أو قتلت وليها قبل الدخول أنه لا يسقط شىء من المهر .

واختلف أصحابنا فيها فذهب أبو العباس بن سريج وبعض أصحابنا إلى أن فيها قولين (أحدهما) يسقط مهرها ، لأن النكاح انفسخ بسبب من جهتها ، فهو كما لو ارتدت (والثانى) لا يسقط وهو الأصح لأنها فرقة حصلت بانقضاء أجلها فهو كما لو ماتت ، وذهب أبو إسحاق المروزى وبعض أصحابنا إلى أنها على قولين على ظاهرهما ، فى الامة يسقط ، وفى الحرة لا يسقط ، لان الحرة مسلمة لنفسها فى العقد ، ولهذا لا يجوز لها السفر بغير إذن الزوج ، والامة غير مسلمة لنفسها ولهذا يجوز السفر بها بغير إذن زوجها ، لان الزوج للحرة يغنم ميراثها فجاز أن يغرم مهرها ، وزوج الامة لا يغنم ميراثها فلم يغرم مهرها ، فإذا قلنا : يسقط

المهر بذلك فان الحرة لا يسقط مهرها إلا إذا قتلت نفسها قبل الدخول ، وإن قتلها وليها أو زوجها أو أجنبي لم يسقط مهرها .

وأما الأمة فان قتلت نفسها قبل الدخول سقط مهرها ، وإن قتلها سيدها سقط مهرها لأن المهر له ، وإن قتلها زوجها أو أجنبي قبل الدخول لم يسقط المهر ، خلافا لأبي سعيد الإصطخري الذي قال : إذا قتلها أجنبي قبل الدخول يسقط مهرها لأنها كالسلعة المبيعة إذا أتلفها أجنبي قبل القبض انفسخ البيع وسقط الثمن ، والمذهب الأول ، لأنها انما تكون كالسلعه اذا بيعت أما في النكاح فهي كالحرة كما قررنا في غير موضع .

قال المصنف رحمه الله :

(فصل) ومتى ثبت الرجوع في النصف لم يخل اما أن يكون الصداق تالفاً أو باقياً ، فان كان تالفاً ـ فان كان مماله مثل ـ رجع بنصف مثله ، وان لم يكن له مثل رجع بقيمة نصفه أقل ما كانت من يوم العقد الى يوم القبض ، لأنه ان كانت قيمته يوم العقد أقل ثم زادت ، كانت الزيادة في ملكها فلم يرجع بنصفها وان كانت قيمته يوم العقد أكثر ثم نقص ، كان النقصان مضموناً عليه ، فلم يرجع بما هو مضمون عليه ، وان كان باقيا لم يخل ـ اما أن يكون باقيا على حالته أو زائداً أو ناقصاً او زائداً من وجه ناقصاً من وجه ـ فان كان على حالته رجع في نصفه ، ومتى يملك ؟ فيه وجهان .

(أحدهما) وهو قول أبي اسحاق : أنه لا يملك الا باختيار التملك ، لان الإنسان لا يملك شيئا بغير اختياره الا الميراث ، فعلى هذا ان حدثت منه زيادة قبل الاختيار كانت لها .

(والثاني) وهو المنصوص أنه يملك بنفس الفرقة لقوله عز وجل « وان طلقتموهن من قبل أن تمسوهن وقد فرضتم لهن فريضة فنصف ما فرضتم » فعلق استحقاق النصف بالطلاق ، فعلى هذا ان حدثت منه زيادة كانت بينهما ، وان طلقها والصداق زائد نظرت فان كانت زيادة متميزة كالثمرة والنتاج واللبن رجع بنصف الاصل ، وكانت الزيادة لها لانها زيادة متميزة حدثت في ملكها ،

فلم تتبع الاصل فى الرد ، كما قلنا فى الرد بالعيب فى البيع ، وان كانت الزيادة غير متميزة كالسمن وتعليم الصنعة فالمرأة بالخيار بين أن تدفع النصف بزيادته وبين أن تدفع قيمة النصف ، فإن دفعت النصف أجبر الزوج على أخذه لأنه نصف المفروض مع زيادة لا تتميز ، وان دفعت قيمة النصف أجبر على أخذها لأن حقه فى نصف المفروض والزائد غير المفروض فوجب أخذ البدل ، وان كانت المرأة مفلسه ففيه وجهان

(أحدهما) وهو قول ابى اسحاق : أنه يجوز للزوج أن يرجع بنصف العين مع الزيادة ، لأنه لا يصل الى حقه من البدل ، فرجع بالعين مع الزيادة كما يرجع البائع فى المبيع مع الزيادة عند افلاس المشترى

(والثانى) وهو قول أكثر أصحابنا أنه لا يرجع لأنه ليس من جهة المرأة تفريط فلا يؤخذ منها مازاد فى ملكها بغير رضاها ، ويخالف اذا أفلس المشترى فإن المشترى فرط فى حبس الثمن الى أن أفلس فرجع البائع فى العين مع الزيادة . فإن كان الصداق نخلا وعليها طلع غير مؤبر فبذلت المرأة نصفها مع الطلع ، ففيه وجهان :

(أحدهما) لا يجبر الزوج على أخذها لانها هبة فلا يجبر على قبولها

(والثانى) يجبر وهو المنصوص لانه نماء غير متميز فأجبر على أخذها كالسمن وإن بذلت نصف النخل دون الثمرة لم يجبر الزوج على أخذها . وقال المزنى : يلزمه ان يرجع فيه وعليه ترك الثمرة الى أوان الجذاذ كما يلزم المشترى ترك الثمرة الى أوان الجذاذ ، وهذا خطأ ، لانه قد صار حقه فى القيمه فلا يجبر على أخذ العين ، ولأن عليه ضرراً فى ترك الثمرة على نخله فلم يجبر ، ويخالف المشترى فإنه دخل فى العقد عن تراض فأقرا على ما تراضيا عليه ، فان طلب الزوج الرجوع بنصف النخل وترك الثمرة الى أوان الجذاذ ففيه وجهان

(أحدهما) لا تجبر المرأة لانه صار حقه فى القيمه

(والثانى) تجبر عليه لان الضرر زال عنها ورضى الزوج بما يدخل عليه من الضرر . وان طلقها والصداق ناقص بأن كان عبداً فعمى او مرض ؛ فالزوج بالخيار بين أن يرجع بنصفه ناقصا وبين أن يأخذ قيمة النصف ، فان رجع فى

النصف أجبرت المرأة على دفعه لأنه رضى بأخذ حقه ناقصا ، وإن طلب القيمة أجبرت على الدفع ، لأن الناقص دون حقه . وإن طلقها والصداق زائد من وجه ناقص من وجه بأن كان عبداً فتعلم صنعة ومرض ، فان تراضيا على أخذ نصفه جاز لأن الحق لهما ، وإن امتنع الزوج من أخذه لم يجبر عليه لنقصانه . وإن امتنعت المرأة من دفعه لم تجبر عليه لزيادته ، وان كان الصداق جارية فحبلت فهى كالعبد إذا تعلم صنعة ومرض ، لأن الحمل زيادة من وجه ونقصان من وجه آخر لأنه يخاف منه عليها فكان حكمه حكم العبد

وان كان بهيمة فحملت ففيه وجهان (أحدهما) أن المرأة بالخيار بين أن تسلم النصف مع الحمل ، وبين أن تدفع القيمة لأنه زيادة من غير نقص ، لان الحمل لا يخاف منه على البهيمة (والثانى) وهو ظاهر النص أنه كالجارية لأنه زيادة من وجه ونقصان من وجه ، فانه ينقص به اللحم فيما يؤكل ، ويمنع من الحمل عليه فيما يحمل فكان كالجاريه .

وان باعته ثم رجع اليها ثم طلقها الزوج رجع بنصفه لانه يمكن الرجوع الى عين ماله فلم يرجع الى القيمة . وان وصت به أو وهبته ولم يقبض ثم طلقها رجع بنصفه ، لانه باق على ملكها وتصرفها . وان كاتبته او وهبته وأقبضته ثم طلقها رجع بقيمة النصف ، لانه تعلق به حق لازم لغيرها ، فان كان عبداً فدبرته ثم طلقها فقد روى المزنى أنه يرجع ، فمن أصحابنا من قال يرجع لانه باق على ملكها ومنهم من قال لا يرجع لانه لا يملك نقض تصرفها ، ومنهم من قال فيه قولان ، ان قلنا ان التدبير وصية فله الرجوع ، وان قلنا انه عتق بصفة رجع بنصف قيمته

(الشرح) الاحكام : اذا طلق الرجل امرأة قبل الدخول وقد قبضت الصداق فقد ذكرنا أن الزوج يرجع عليها بنصفه ، فان كان قد تلف بيدها فان كان له مثل رجع عليها بنصف مثله لانه أقرب ، وان كان لا مثل له رجع عليها بنصف قيمته ، لان مالا مثل له يضمن بالقيمة ، فان اختلفت قيمته من حين العقد الى حين قبضه رجع بنصف قيمته أقل ما كانت من حين العقد الى حين القبض ، لان قيمته ان كانت حين العقد أقل ثم ازدادت ، فان الزيادة حدثت فى ملكها

فلا يلزمها ضمانها ، وإن كانت قيمته وقت العقد أكثر ثم نقصت فالنقص مضمون على الزوج لها فلا تضمنه الزوجة له ، وإن كان الصداق باقياً فى يدها فلا يخلو من أربعة أحوال : إما أن يكون باقياً على حاله من حين القبض الى حين الطلاق ، أو يكون ناقصاً من جميع الوجوه عن حالته التى قبضته عليها أو يكون زائداً على حالته التى قبضته عليها من جميع الوجوه ، أو يكون زائداً من وجه ناقصاً من وجه فإن كان باقيا على حالته رجع بنصفه لقوله تعالى « فنصف ما فرضتم » وإن كان ناقصا من جميع الوجوه بأن كانت جارية سمينة فهزلت أو مرضت أو ما أشبه ذلك فالزوج بالخيار بين أن يرجع بنصف الصداق ناقصا ولا شىء له غير ذلك ، وبين أن يرجع عليها بنصف قيمته أقل ما كانت من حين العقد إلى حين القبض لأن الله تعالى قال « فنصف ما فرضتم »

وإن كان ناقصا من جميع الوجوه بأن كانت بهيمة سمينة فهزلت أو مرضت فالزوج بالخيار بين أن يرجع بنصف الصداق ناقصا ولا شىء له غير ذلك ، وبين أن يرجع عليها بنصف قيمته أقل ما كانت من حين العقد الى حين القبض ، لأن الله تعالى قال « فنصف ما فرضتم » وإذا كان ناقصا فليس هو المفروض . وإن كان الصداق زائداً من جميع الوجوه فلا تخلو الزيادة إما أن تكون متميزة أو غير متميزة ، فإن كانت متميزة بأن أصدقها بهيمة حائلا فحملت وولدت ثم طلقها . أو شجرة لا ثمرة عليها فأثمرت وجدت ، ثم طلقها رجع عليها بنصف الصداق دون النماء لأنه نماء حدث فى ملكها وتميز فلم يكن له فيه حق كما قلنا فى المشترى إذا حدث فى ملكه نماء مميز ثم وجد بالمبيع عيبا فرده

وإن كانت الزيادة غير متميزة كالسمن وتعليم القرآن والعلم والصنعة ، فإن اختارت الزوجة تسليم نصفه أجبر الزوج على أخذه لأنه يرجع أكثر ما دفع اليها وان لم يختر تسليم نصفه لم يجبر عليه ، وبه قال أبو حنيفة رحمه الله .

وقال محمد بن الحسن : تجبر الزوجة على تسليم نصفه مع زيادته المتصلة . دليلنا أن هذه زيادة حدثت فى ملكها فلم يلزمها تسليمها كما لو كانت الزيادة متميزة ، ويلزمها نصف قيمته أقل ما كانت من حين العقد الى حين القبض ، فان كان على الزوجة ديون فأفلست وحجر عليها فهل للزوج أن يرجع فى نصف

الصداق مع زيادته المتصلة به ؟ فيه وجهان . قال أبو إسحاق يرجع بنصف الصداق مع زيادته المتصلة به لأنا إنما لا نوجب الرجوع إلى نصف الصداق مع زيادته إذا كانت غير مفلسة لأن ذمتها عامرة فيتوصل الزوج الى استيفاء حقه من القيمة ، وإذا كانت مفلسة فذمتها خربة فلا يمكنه الوصول الى استيفاء حقه بالقيمة فليس له الرجوع إلى نصفه

وقال أكثر أصحابنا : لا يرجع الزوج إلى نصف الصداق مع زيادته المتصلة ، لقوله تعالى « فنصف ما فرضتم » والزائد غير مفروض . ولم يفرق بين المفلسة وغير المفلسة . وإن كان الصداق زائداً من وجه ناقصاً من وجه ، بأن كان عبداً فتعلم صنعة ومرض ـ فإن اتفقا على أن يأخذ الزوج نصفه ـ جاز لأن الحق لهما وإن طلب الزوج نصفه فامتنعت الزوجة من ذلك لم يجبر على ذلك لزيادته ، وان بذلت المرأة نصفه وامتنع الزوج من أخذه لم يجبر على ذلك لنقصانه ويرجع الى نصف قيمته أقل ما كانت من حين العقد الى حين القبض ، وان طلقها قبل الدخول والصداق في يدها ـ فان كان الصداق بحاله لم يزد ولم ينقص ـ كان لها النصف ، وان كان ناقصا من جميع الوجوه بأن مرض في يده أو عمي ، فالزوجة بالخيار بين أن تأخذ نصفه ناقصا ولا شيء لها كالمبيع إذا نقص في يد البائع . وبين أن يفسخ الصداق لأجل نقصه ، فاذا فسخت الصداق لم ينفسخ النكاح وإلامَ يرجع ، فيه قولان كما لو تلف قبل القبض . قوله الجديد يرجع الى نصف مهر المثل . وقوله القديم يرجع الى بدل نصف الصداق

وإن كان الصداق زائدا نظرت ـ فان كانت زيادة متميزة كالولد واللبن والثمرة ـ كان لها نصف أصل الصداق وجميع الزيادة . وحكى المسعودي أن أبا حنيفة رحمه الله قال للزوج نصف الزيادة المنفصلة الحادثة في يده . دليلنا أنها زيادة حدثت في ملكها فلم يكن للزوج فيها حق كما لو حدثت في يدها ، وان كانت الزيادة غير متميزة كالسمن والصبغة فالمرأة بالخيار بين أن تأخذ نصف الصداق وتدفع إلى الزوج نصفه مع زيادته فيجبر على قبوله ، وبين أن تأخذ جميع الصداق وتدفع للزوج نصف قيمته أقل ما كانت من حين العقد الى حين القبض ،

وإن كان الصداق زائداً من وجه ناقصا من وجه ـ بأن كانت جارية تعلمت صنعة ونسيت أخرى ـ فهي بالخيار بين أن تأخذ نصفه وتسلم الى الزوج نصفه ، فيجبر الزوج على ذلك ، لأن النقص فى يده مضمون عليه ، وبين أن تفسخ الصداق لأجل النقص ، فإذا فسخت رجعت عليه فى قوله الجديد بنصف مهر المثل وفى قوله القديم بنصف بدل الصداق

(فرع) كل موضع قلنا يرجع الى الزوج نصف الصداق بالطلاق قبل الدخول ، فتى يملك الزوج ذلك النصف ، فيه وجهان ؛ قال أبو إسحاق لا يملكه إلا بالطلاق واختيار التملك ، وهو قول أبى حنيفة رحمه الله لأن الملك من غير اختيار لا يقع إلا بالإرث ، وهذا ليس بإرث

(والثانى) وبه قال زفر ، وهو المنصوص أنه يملك بنفس الطلاق ؛ وإن لم يختر التملك لقوله « وإن طلقتموهن» ولم يفرق بين أن يختار التملك أو لا يختار وما ذكره الأول أن الانسان لا يملك شيئا غير الميراث إلا باختيار التملك غير مسلم ، فان الانسان لو أخذ صيداً لينظر اليه لا ليتملكه ملكه بالأخذ من غير اختيار التملك ؛ وان زاد الصداق بعد الطلاق وقبل اختيار التملك ، فان قلنا بقول أبى إسحاق كانت الزيادة للزوجة وحدها ، وان قلنا بالمنصوص كانت الزيادة بينهما ، وان نقص فى يدها بعد الطلاق وقبل الاختيار ، فان قلنا بقول أبى إسحق لم يلزمها ضمان النقص . وان قلنا بالمنصوص لزمها ضمان النقص

إذا ثبت هـذا فان الشافعى رضى الله عنه قال وهذا كله ما لم يقض القاضى بنصفه فتكون هى حينئذ ضامنة لما أصابه فى يدها ، فقال الصيمرى هل يشترط قضاء القاضى فى تملك الزوج نصف الصداق . فيه وجهان ظاهر كلام الشافعى أن ذلك شرط . والثانى وهو الأصح أن ذلك ليس بشرط ، وسائر أصحابنا قالوا لاخلاف فى أن قضاء القاضى ليس بشرط لأن الرجوع بنصف الصداق ثبت له بنص الكتاب والاجماع ، فلم يشترط قضاء القاضى فيه ، فعلى هذا اختلف أصحابنا فى تأويل كلام الشافعى ، فنهم من قال أراد اذا اختلفا فى وقت ملك الزوج بأن قال الزوج ملكته من شهرين ثم نقص بعدما ملكته فعليك ضمان النقص . وقالت بل ملكته من شهر ونقص قبل أن أملكه فلا يلزمنى ضمان النقص فانهما

يترافعان الى القاضى، فاذا قضى له القاضى بملكه من وقت. كانت ضامنة لما حدث بعد من النقص ، . وقال أبو إسحق وأكثر أصحابنا عطف الشافعى رحمه الله بهذا الكلام عليه اذا طلقها قبل الدخول وقبل نقص فى يدها فى جميع الوجوه فان الزوج بالخيار بين أن يرجع فى نصفه ناقصا ولا أرش له وبين أن يرجع بقيمة نصفه ، ومتى يملك نصفه ، على قول أبى اسحق بملكه بالطلاق واختيار التملك ، وعلى المنصوص بملكه بالطلاق ولا يفتقر الى قضاء القاضى : وانما عبر الشافعى رحمه الله عن وقت الملك بقضاء القاضى لأنه أوضح مايعلم به عود نصف الصداق فمتى علم وقت عوده اليه ثم نقص بعد ذلك وجب عليها ضمان النقص لانها قبضت الصداق بعقد المعاوضة ، وقد انفسخت المعاوضة فكان عليها ضمان ما نقص فى يدها ، كما لو اشترى سلعة فوجد بها عيبا ففسخ البيع ثم نقصت فى يده فانه يجب عليه ضمان النقص .

وقد نص الشافعى فى الأم أنه اذا طلقها قبل الدخول والصداق فى يدها فمنعته إياه كان عليها ضمان ما يحدث فيه من النقص ، فمن أصحابنا من قال بظاهر هذا وأنها اذا لم تمنعه لا يلزمها ضمان ما نقص ، بل هو أمانة فى يدها ، لانه حصل فى يدها من غير تفريط

ومنهم من قال يجب عليها ضمان ما نقص فى يدها ، سواء منعته أو لم تمنعه وهو الأصح كما قلنا فيمن اشترى عينا فوجد بها عيبا ففسخ البيع ثم نقصت فى يده فان عليه ضمان النقص بكل حال

وتأولوا كلام الشافعى رضى الله عنه فى الأم على أنه أراد ضمان الغصب ، لأن ضمان الغصب يطرأ على ما هو مضمون بالقيمة كالعارية اذا منعها صاحبها .
وقال أبو العباس بل عطف الشافعى رحمه الله بهذا اذا زاد الصداق فى يد الزوجة من جميع الوجوه ، فقد قلنا ان الزيادة كلها لها ، فقال الشافعى رحمه الله مالم يقض القاضى بنصفه ، يعنى ما لم يقض له قاض مالكى بنصفه مع زيادته ، لأن مالكا رحمه الله يقول نصف الصداق باق على ملك الزوج الى أن يدخل بها ، فاذا قضى له مالكى بنصفه مع زيادته كان بينهما ، ولا ينقض حكمه لأنه موضع اجتهاد .

قال الشيخ أبو حامد : وهذا تأويل حسن الا أن الشافعى رحمه الله قال بعده فتكون حينئذ ضامنة لما أصابه فى يدها ، ولا يمكن حمله على مذهب مالك رحمه الله لانه يقول : هو أمانة فى يدها لا يلزمها ضمان النصف ولا زيادته .

(مسألة) اذا أصدقها نخلا لا ثمرة فيه فأثمرت فى يدها ثم طلقها قبل الدخول ففيها ست مسائل :

١ ـــ اذا أراد الزوج أن يرجع فى نصف النخل بنصف ثمرتها فامتنعت الزوجة من ذلك فإنها لاتجبر على ذلك لان الثمرة ان كانت غير مؤبرة فهى زيادة متصلة بالنخل ، وان كانت مؤبرة فهى كالزيادة المنفصلة ، وقد تبينا أن الجميع لها .

٢ ـــ اذا بذلت نصف النخل مع نصف الثمرة فهل يجبر على قبوله ؟ فيه وجهان . أحدهما : لا يجبر على قبوله ، لان هذه الزيادة ملك لها فلا يجبر على قبولها كما لو وهبت له شيئاً فإنه لا يجبر على قبوله . والثانى ـ وهو المذهب ـ أنه يجبر لأنها زيادة متصلة بالصداق فأجبر الزوج على قبولها .

قال الشيخ أبو حامد : الوجهان انما هما فى الثمرة المؤبرة ، فأما غير المؤبرة فيجبر الزوج على قبولها وجها واحداً ، وذكر المصنف أن الوجهين فى غير المؤبرة ، ولم يذكر المؤبرة ، فاذا قلنا : يجبر على القبول فانه يجبر الا أن يطول النخل وتكون قحاما وهو الذى قل سعفه ودق أصله فلايجبر الزوج على قبولها لما فيها من النقص بذلك .

٣ ـــ اذا قال لها الزوج : اقطعى الثمرة لأرجع فى نصف النخل بلا ثمرة فلا تجبر المرأة على ذلك ، لان فى قطع الثمرة قبل أوان قطعها اضراراً بها ، وقد قال صلى الله عليه وسلم . ليس لعرق ظالم حق . وهذه ليست بظالمة .

٤ ـــ أن تقول المرأة للزوج اصبر عن الرجوع حتى تدرك الثمرة فتجد ثم ترجع فى نصف النخل فلايجبر الزوج على ذلك ، لان حقه متعجل ، وقد تعجل بالقيمة فلا يجبر على التأخير ، ولانه لا يأمن أن يتلف النخل فلا يمكنه الرجوع فيها ، فان صبر باختياره الى أن جدت الثمرة أو قطعت المرأة الثمرة قبل أوان جدادها لم يكن للزوج الا نصف النخل الا أن يحدث بها نقص فلا يجبر على نصفها .

٥ ـ أن يقول الزوج : أنا أصبر إلى أن تدرك الثمرة فتجد ثم أرجع فى نصف النخل ، فإن المرأة لا تجبر على ذلك بعد أن رجع اليه نصفها فيكون فى ضمانها فيلزمها الضرر بدخوله فى ضمانها ، ولأن النخل تزيد فإذا رجع فى نصفها بعد ذلك رجع فى نصفها ونصف زيادتها المتصلة ، ولأن النخل تزيد فإذا رجع فى نصفها بعد ذلك رجع فى نصفها وفى نصف زيادتها المتصلة الحادثة فى يدها : ولأن حقه قد تعلق بالقيمة فلا ينتقل إلى النخل إلا برضا المرأة .

٦ ـ إذا قال الزوج : أنا أرجع فى نصف النخل فى الحال مشاعا وأترك الثمرة لها إلى أن تجدّ ففيه وجهان . قال أبو إسحاق : له ذلك وتجبر المرأة على ذلك لانه لا ضرر على المرأة بذلك ، ومن أصحابنا من قال : لا تجبر المرأة على ذلك لأن حقه قد صار بالقيمة فلا يجبر على تسليم نصف النخل .

(فرع) إذا أصدقها أرضاً فحرثتها ثم طلقها قبل الدخول ، فإن بذلت له نصفها أجبر على قبولها . لأن الحرث زيادة من نقصان ، وان امتنعت من بذلها نصفها لم تجبر على ذلك وكان له نصف قيمتها لانها قد زادت فى يدها وإن زرعت أو غرستها وطلقها قبل الدخول والزرع والغرس فيها ، فإن بذلت له نصف الارض ونصف الزرع ونصف الغرس ، وكانت قيمة الارض قبل الزرع والغرس كقيمتها بعد الزرع والغرس .

قال الشيخ أبو حامد : أجبر على قبول ذلك على المذهب كما قلنا فى النخل والثمرة وفى الارض المحروثة .

وقال ابن الصباغ : لا يجبر لان الثمرة لا ينقص بها النخل ، والزرع تنقص به الأرض وتضعف ، ولأن الثمرة متولدة من النخل فهى تابعة لها والزرع والغرس ملك لها أودعته فى الارض فلا يجبر على قبوله ، وإن نقصت قيمة الارض بالزرع والغرس لم يجبر على قبول نصفها ، فان طلقها وقد استحصد الزرع ولم يحصده بعد فقالت : أنا أحصده وأسلم نصف الارض فارغة أجبر على قبول ذلك إلا أن يحدث بالارض نقص ، وإن حصدت الزرع ثم طلقها أو طلقها ثم حصدت

الزرع كان له الرجوع فى نصف الارض إلا أن تكون قد نقصت بالزرع فلا يجبر على قبولها لان المانع من الرجوع الزرع وقد زال .

(مسألة) إذا أصدقها خشبة فصنعتها أبوابا فزادت قيمتها بذلك ثم طلقها قبل الدخول لم تجبر المرأة على تسليم نصفها لزيادة قيمتها بذلك ، وإن بذلت له نصفها بزيادته لم يجبر الزوج على قبوله لانها كانت تصلح وهى خشب لما لا تصلح له الآن ، وإن أصدقها فضة أو ذهبا فصاغتها آنية فزادت قيمتها بذلك ثم طلقها قبل الدخول لم تجبر المرأة على تسليم نصفها لزيادته ، فان بذلت النصف بزيادته أجبر على القبول لانه يصلح وهو مصوغ لجميع ما كان يصلح له قبل ذلك ، هكذا ذكر الطبرى فى العدة ، وعندى إذا قلنا : لا يجوز اتخاذ آنية الذهب والفضة أن المرأة تجبر على تسليم نصفها ، وإن كانت قيمتها زائدة لان صنعتها لا قيمة لها .

قال المصنف رحمه الله :

(فصل) وإن كان الصداق عينا فوهبته من الزوج ثم طلقها قبل الدخول ففيه قولان (أحدهما) لا يرجع عليها ، وهو اختيار المزنى ، لان النصف تعجل له بالهبة (والثانى) يرجع وهو الصحيح ، لأنه عاد اليه بغير الطلاق فلم يسقط حقه من النصف بالطلاق ؛ كما لو وهبته لاجنبى ثم وهبه الاجنبى منه ، وان كان دينا فأبرأته منه ثم طلقها قبل الدخول - فان قلنا : انه لا يرجع فى الهبة - لم يرجع فى الإبراء ، وان قلنا يرجع فى الهبة ففى الإبراء وجهان .

(أحدهما) يرجع كما يرجع فى الهبة .

(والثانى) لا يرجع لان الإبراء اسقاط لا يفتقر الى القبول ، والهبة تمليك تفتقر الى القبول ، فان أصدقها عينا فوهبتها منه ثم ارتدت قبل الدخول فهل يرجع بالجميع ؟ فيه قولان ، لأن الرجوع بالجميع فى الردة كالرجوع بالنصف فى الطلاق ، وان اشترى سلعة بثمن وسلم الثمن ووهب البائع الثمن منه ثم وجد بالسلعة عيبا ففى ردها والرجوع بالثمن وجهان ، بناء على القولين ، فان وجد به عيبا وحدث به عنده عيب آخر فهل يرجع بالارش ؟ فيه وجهان بناء على القولين

وان اشترى سلعة ووهبها من البائع ثم أفلس المشترى ، فللبائع أن يضرب مع الغرماء بالثمن قولا واحداً لان حقه فى الثمن ، ولم يرجع اليه الثمن .

(الشرح) الاحكام : قال الشافعى رضى الله عنه : ولو وهبت له صداقها قبل أو بعده ثم طلقها قبل أن يمسها ففيه قولان . وجملة ذلك أنه إذا اصدقها عينا ثم وهبتها من الزوج وأقبضته إياها ثم طلقها قبل الدخول ففيه قولان ،

أحدهما : لا يرجع عليها بشىء لأنه قد تعجل له ما كان يستحقه بالطلاق قبل محله فلا يستحقه عند محله كالو تعجل دينه المؤجل قبل محله ثم جاء وقت محله

والثانى : يرجع عليها بنصف مثله إن كان له مثل أو بنصف قيمته إن لم يكن له مثل وهو الأصح ، لأنه عاد اليه بعقد ، فلا يمنع ذلك رجوعه ببدل نصفه كما لو اشتراه منها أو وهبته لأجنبي ثم وهبه الأجنبي منه . قال المحاملي وابن الصباغ : وسواء قبضت الصداق أو لم تقبضه ، ، وان كان الصداق دينا - فإن عينه الزوج فى شىء وأقبضه اياها ثم وهبته منه - فهى كالاولة ، وان أبرأته منه ثم طلقها قبل الدخول - فان قلنا : لا يرجع عليها اذا كان عينا فوهبتها منه - فههنا أولى أن لا يرجع عليها ؛ وان قلنا : يرجع عليها فى العين فهل يرجع عليها فى الدين ؟ فيه قولان ، ومنهم من يقول : هما وجهان .

(أحدهما) يرجع عليها بنصفه لأنها قد ملكت الصداق بالعقد فهو كالعين .

(والثانى) لا يرجع عليها بشىء ، وهو الصحيح ، والفرق بينهما أن الصداق اذا كان عينا فقد ضمنته بالقبض ، وفى الدين لم تضمنه بالقبض فلم يرجع عليها بشىء ، ألا ترى أن الصداق لو نقص فى يده ثم طلقها قبل الدخول - فان قلنا : يرجع عليها اذا وهبت جميع الصداق - رجع عليها ههنا بالنصف أيضا ؛ وان قلنا لا يرجع عليها فى العين ففى الدين قولان ، والفرق بينهما أن هناك عاد اليه بعقد جديد بخلاف هذا ، وان قبضت نصف الصداق ثم وهبته النصف الباقى ثم طلقها قبل الدخول - فان قلنا : يرجع عليها اذا وهبت جميع الصداق - رجع عليها ههنا بالنصف أيضا ، وان قلنا هناك : لا يرجع عليها بشىء فههنا قولان .

قال فى الأم : لا يرجع عليها بشىء لأنه انما يرجع عليها ، وقد تعجل له ذلك

النصف فلم يرجع عليها بشيء . وقال فى الإملاء : يرجع عليها لأنها لو وهبته جميعه لم يرجع عليها بشيء فإذا وهبته نصفه كان ذلك فى حقها وحقه ، لأن حقهما شائع فى الجميع ، فإذا قلنا بهذا ففى كيفية رجوعه ثلاثة أقوال .

(أحدها) يرجع عليها بالنصف الباقى لأنه يستحق عليها النصف وقد وجده

(والثانى) يرجع عليها بنصف النصف الباقى وقيمته نصف الموهوب ، لأن حقهما شائع فى الجميع فصار الموهوب كالتالف .

(والثالث) أنه بالخيار بين أن يرجع بالنصف الباقى وبين أن يرجع بنصف النصف الباقى ونصف قيمة الموهوب لأنه تبعض عليه حقه .

(فرع) وإن وهبته إمرأته الصداق أو أبرأته منه ثم ارتدت قبل الدخول فحكم الرجوع عليها بجميع الصداق كالحكم فى رجوعه عليها بالنصف عند الطلاق لأنه يستحق عليها الرجوع بالجميع عند ردتها كما يستحق عليها الرجوع بالنصف عند الطلاق .

قال المصنف رحمه الله :

(فصل) إذا طلقت المرأة قبل الدخول ووجب لها نصف المهر جاز للذى بيده عقدة النكاح أن يعفو عن النصف ، لقوله عز وجل « وان طلقتموهن من قبل أن تمسوهن وقد فرضتم لهن فريضة فنصف مافرضتم الا أن يعفون أو يعفو الذى بيده عقدة النكاح » وفيمن بيده عقدة النكاح قولان .

قال فى القديم : هو الولى فيعفو عن النصف الذى لها ، لأن الله تعالى خاطب الأزواج فقال سبحانه وتعالى « وقد فرضتم لهن فريضة فنصف ما فرضتم الا أن يعفون أو يعفو الذى بيده عقدة النكاح » ولو كان هو الزوج لقال الا أن يعفون أو تعفوا لأنه تقدم ذكر الأزواج وخاطبهم بخطاب الحاضر ، فلما عدل عن خطابهم دل على أن الذى بيده عقدة النكاح غير الزوج ، فوجب أن يكون هو الولى ، وقال فى الجديد : هو الزوج فيعفو عن النصف الذى وجب له بالطلاق ، فأما الولى فلا يملك العفو لانه حق لها فلا يملك الولى العفو عنه كسائر ديونها ،

وأما الآية فتحتمل أن يكون المراد به الأزواج ، فخاطبهم بخطاب الحاضر ، ثم خاطبهم بخطاب الغائب ، كما قال الله عز وجل «حتى اذا كنتم فى الفلك وجرين بهم» فإذا قلنا ان الذى بيده عقدة النكاح هو الولى لم يصح العفو منه إلا بخمسة شروط (أحدها) أن يكون أباً أوجداً لأنهما لا يتهمان فيما يريان من حظ الولد ومن سواهما متهم (والثانى) أن تكون المنكوحة بكراً . فأما الثيب فلا يجوز العفو عن مالها لأنه لا يملك الولى تزويجها (والثالث) أن يكون العفو بعد الطلاق وأما قبله فلا يجوز لأنه لا حظ لها فى العفو قبل الطلاق ، لأن البضع معرض للتلف ، فإذا عفا ربما دخل بها فتلفت منفعة بضعها من غير بدل (والرابع) أن يكون قبل الدخول ، فأما بعد الدخول فقد أتلف بضعها فلم يجز إسقاط بدله (والخامس) أن تكون صغيرة أو مجنونة ، فأما البالغة الرشيدة فلا يملك العفو عن مهرها لأنه لا ولاية عليها فى المال

(الشرح) اللغات . قوله «وقد فرضتم لهن فريضة» جملة حالية من فاعل طلقتموهن أو من مفعوله ، ونفس الفرض من المبنى للفاعل أو للمفعول وان لم يفارق حالة التطليق لكن اتصاف المطلِّق بالفارضية فيما سبق مما لا ريب فى مقارنته لها ، وكذا الحال فى اتصاف المطلقة بكونها مفروضا فيما سبق

قوله «إلا أن يعفون» استثناء مفرغ من أعم الاحوال ، أى فلهن نصف المفروض معينا فى كل حال إلا حال عفوهن ، أى المطلقات المذكورات فإنه يسقط ذلك حينئذ بعد وجوبه ، والصيغة تحتمل التذكير والتأنيث والفرق بالاعتبار ؛ فإن الواو فى التذكير ضمير والنون علامة الرفع ، وفى التأنيث الواو لام الفعل والنون ضمير النسوة والفعل مبنى ، ولذلك لم تؤثر فيه «أن» هنا مع أنها ناصبة لا مخففة بدليل عطف المنصوب عليه من قوله تعالى «أو يعفُوَ الذى .. الخ»

أما الاحكام فقد قال الشافعى رضى الله عنه : ولو خالعته على شىء مما عليه من المهر فما بقى فعليه نصفه . وجملة ذلك أنه اذا خالعها على شىء مما عليه من المهر فما بقى فعليه نصفه . وجملة ذلك أنه اذا خالعها على نصف مهر قبل الدخول نظرت

فان كان الصداق عينا فخالعها على نصفها ـ فان قلنا ان الزوج يملك نصف الصداق بالطلاق لم يصح الخلع على نصف ما سماه فى الخلع ، لأن الخلع بمنزلة الطلاق الذى يوقعه ابتداء فلم يصح خلعها على النصف الذى يملك الزوج ، وهل يصح فى نصف ما سماه فى الخلع . فيه قولان بناء على القولين فى تفريق الصفقة ، وما فسد من المسمى فى الخلع فهل يرجع الزوج عليها ببدله أو بمهر المثل . فيه قولان كما قلنا فيه إذا تلف الصداق قبل القبض

وإن قلنا إن الزوج لا يملك النصف الا بالطلاق واختيار التملك صح الخلع على النصف المسمى فى الخلع ورجع عليها بالنصف . وهل يرجع عليها بجميع النصف الباقى فى يدها أو بنصفه أو بنصف قيمته . على الأقوال الثلاثة التى مضت قبلها ، وإن كان الصداق ألفاً فى الذمة فخالعها على خمسمائة منه قبل الدخول . قال ابن الصباغ فان قلنا انه يملك نصف الصداق بالطلاق فسدت التسميه فى الخلع فى نصف الخمسمائة ، ولا ينصرف ذلك الى نصيبها من الألف بعد الطلاق لأن وقت التسميه هى مالكة لجميعه ، فكان ما سميته من الجملة ، وهل تفسد التسميه فى نصف الباقى ؟ على القولين . وهل يرجع عليها ببدلها أو بمهر مثلها . على القولين .

وان قلنا انه لا يملك النصف الا بالطلاق واختيار التملك صح الخلع على ما سمى فيه ، ويسقط الباقى من ذمته باختيار التملك

إذا ثبت هذا فقد قال الشافعى رضى الله عنه وما بقى فعليه نصفه ، وظاهر هذا أن الخلع يصح بخمسمائة ويسقط عن ذمته من الخمسمائة الباقيه مائتان وخمسون واختلف أصحابنا فى تأويل هذا ، فقال أبو على بن خيران أراد الشافعى رحمه الله اذا تخالعا على خمسمائه من الألف وهما يعلمان أن الخلع لا يصح الا على مائتين وخمسين منها لأن نصفها يسقط عنه بالطلاق قبل الدخول ، فاذا علما بذلك فقد رضيا أن يكون عوض الخلع مائتين وخمسين لاغير . فاذا بقى على الزوج خمسمائه سقط عنه نصفها بالطلاق قبل الدخول . ومن أصحابنا من قال أراد الشافعى رحمه الله اذا قالت اخلعنى بما يخصنى من خمسمائه فصرحا بذلك

وقال أبو اسحاق تأويلها أن العقد وقع على جميع الخمسمائه لأنها كانت ملكا

للزوجة ، وأما ما يعود نصفها الى الزوج بعـد الطلاق ـ فإذا تم الخلع ـ رجع إلى الزوج نصفها فيكون هذا النصف كالتالف قبل القبض فيرجع الزوج إلى بدل هـذا النصف فى القول القديم وبدل الدراهم دراهم فيستحق عليها فى ذمتها بدل المائتين والخمسين التى كانت تستحقها بالطلاق . وبقى عليه خمسمائة فيسقط عنه نصفها بالطلاق ، ويبقى لها عليه مائتان وخمسون فيتقاصان . فيكون معنى قوله فما بقى عليه نصفه ، يعنى الخمسمائة التى لم يقع بهـا الخلع فذكر ما بقى لها عليه ، ولم يذكر ما له عليها ، ولا ذكر المقاصة أيضا

قال الشيخ أبو حامد : وهذه طريقة صالحة . وقال القاضى أبو الطيب : إن الذى قاله الشافعى رحمه الله إنما قاله على أن الزوج لا يملك بالطلاق ، وإنما يملك بالطلاق والاختيار فقد صح الخلع بالخمسمائة ، ويرجع عليها بنصف الباقى وبقيمة ماخالعها به . وإنما لم يذكر قيمة ماخالعها به . وقال الشيخ أبو حامد : لا يمكن حمل كلام الشافعى رحمه الله على هذا ، لأنه قال : فما بقى فعليه نصفه ، ولو أراد أنه لا يملك الا بالاختيار لقال : فعليه كل ما بقى إلا أن يختار تملك نصفه

قال أصحابنا : وإن أرادت الخلاص خالعته على خمسمائة فى ذمتها ويسقط عنه خمسمائة من الالف ويبقى عليه لها خمسمائة فيتقاصان وتقول : اخلعنى على ما يسلم لى من الألف أو على أن لا يبقى بيننا علقة ولا تبعة

(مسألة) قال الشافعى رضى الله عنه : قال الله تعالى « إلا أن يعفون أو يعفو الذى بيده عقدة » الآية . وجملة ذلك أنه اذا طلق امرأته قبل الدخول جاز لها أن تعفو عن نصف المهر الذى وجب لها لقوله تعالى « إلا أن يعفون » ولا خلاف أن المراد به النساء وجاز للزوج أن يعفو عن النصف الذى له الرجوع فيه لقوله تعالى « وان تعفو أقرب للتقوى » ولا خلاف أن المراد به الازواج وفى الذى بيده عقدة النكاح قولان . قال فى القديم : المراد به ولى المرأة وبه قال ابن عباس والحسن البصرى والزهرى وطاوس وربيعة ومالك وأحمد ، فيكون تقدير الايه على هـذا « إلا أن يعفون » يعنى الزوجات عن النصف الذى وجب لهن فيكون جميع الصداق للزوج أو يعفو الولى عن نصيب الزوجه ، فيكون الجميع للزوج . وان تعفو أقرب للتقوى ، يعنى الازواج ، فيكون الجميع للزوجه ، لأن الله تعالى

قال « أو يعفو الذى بيده عقدة النكاح » وهذا ورد فيما بعد الطلاق ، والذى بيده عقدة النكاح عليها هو الولى دون الزوج ، ولأن الكناية ترجع إلى أقرب مذكور قبله ، وأقرب مذكور قبل هـذا هو نصف المرأة ، ولأن الله تعالى ذكر العفو فى الآية فى ثلاثة مواضع ، فاذا حمل هـذا على الولى حصل الكل عفو فائدة ، وإذا حمل على غيره جعل أحدهما مكرراً .

وقال فى الجديد الذى بيده عقدة النكاح هو الزوج ، وبه قال على بن أبى طالب وجبير بن مطعم وابن المسيب وسعيد بن جبير ومجاهد وشريح وأهل الكوفة والثورى وأبو حنيفة وأصحابه، فيكون تقدير الايه « الا أن يعفون » يعنى الزوجات أو يعفو الذى بيده عقدة النكاح ، يعنى الزوج وأن يعفوا أقرب للتقوى ، يعنى أن عفو الازواج أفضل من عفو الزوجات ، لقوله تعالى « أو يعفو الذى بيده عقدة النكاح) وقال العلامه صديق خان فى كتابه نيل المرام « ومعنى : أو يعفو الذى بيده عقدة النكاح » قيل هو الزوج

ثم ذكر جماعة من القائلين به الى أن قال « وفى هذا القول قوة وضعف . أما قوته فلكون الذى بيده عقدة النكاح حقيقة هو الزوج لأنه الذى اليه رفعه بالطلاق . وأما ضعفه فلكون العفو منه غير معقول ، وما قالوا به من أن المراد بعفوه أن يعطيها المهر كاملا غير ظاهر ، لأن العفو لا يطلق على الزيادة . وقيل المراد بقوله « أو يعفو الخ » هو الولى ؛ الى أن قال وفيه أيضا قوة وضعف ، أما قوته فلكون معنى العفو فيه معقولا . وأما ضعفه فلكون عقدة النكاح بيد الزوج لا بيده .

ومما يزيد هـذا القول ضعفاً أنه ليس للولى أن يعفو عن الزوج مما لا يملكه وقد حكى القرطبى الإجماع على أن الولى لا يملك شيئا من مالها ، والمهر مالها ، فالراجح ما قاله الاولون لوجهين . الاول أن الزوج هو الذى بيده عقدة النكاح حقيقة . الثانى أن عفوه بإكمال المهر هو صادر عن مالك مطلق التصرف بخلاف الولى ، وتسميته الزيادة عفواً وإن كان خلاف الظاهر ، لكن لما كان الغالب أنهم يسوقون المهر كاملا عند العقـد ، كان العفو معقولا ، لأنه تركه لها ولم يسترجع النصف منه ، ولا يحتاج لهذا أن يقال انه من باب المشاكلة كما فى الكشاف

لأنه عفو حقيقى ، اى ترك ما تستحق المطالبة به ، إلا أن يقال إنه مشاكلة أو تغليب فى توفيته المهر قبل أن يسوقه الزوج ، فإذا قلنا إن الذى بيده عقدة النكاح هو الولى لم يصح إلا بالشروط الخمسة التى ساقها المصنف

(فرع) فإذا كان الصداق دينا فى ذمة الزوج وطلقها قبل الدخول ، وأرادت المرأة العفو عن النصف الذى لها صح عفوها بأحد ستة ألفاظ بأن تقول أبرأتك عن كذا أو وهبته لك أو ملكتك أو تركت لك أو أسقطت عنك أو عفوت عن مالى فى ذمتك ، وهل يفتقر إلى قبول الزوج ؟ فيه وجهان مضى ذكرهما . المنصوص أنه لا يفتقر ، فإن أراد الزوج أن يعفو عن النصف الذى رجع اليه بالطلاق ، فإن قلنا انه لا يملك ذلك إلا بالطلاق واختيار التملك ولم يختر بعد ، فله أن يسقط حقه ، وان قلنا انه يملك النصف بالطلاق لم يصح عفوها عنه لأنه قد هلك على ملكها ؛ وفى يدها . وإن أراد الزوج أن يعفو عنها ، فان قلنا انه لا يملك النصف الا بالطلاق والاختيار صح عفوه قبل الاختيار بكل لفظ يتضمن إسقاط حقه كالعفو والاسقاط والترك كما قلنا فيمن له شفعة فأسقطها . ولا يفتقر الى قبولها وجهاً واحداً

وان قلنا بالمنصوص وأنه يملك نصفه بالطلاق صح عفوه عنها بأحد الألفاظ الستة : الهبة والعفو والابراء والتمليك والاسقاط والترك ، وهل يفتقر الى قبولها على الوجهين .

وان كان الصداق عيناً فى يد الزوج وأرادت أن تعفو عن النصف الذى لها صح بلفظ الهبة أو التمليك ولا بد من قبول الزوج ، ولا بد من مضى مدة القبض وهل يفتقر الى اذنها بالقبض ، فيه طريقان مضيا فى الرهن ، ولا يصح عفوها بلفظ الابراء والاسقاط لأن ذلك انما صح عما فى الذمم ، وهل يصح بلفظ العفو فيه وجهان حكاهما فى التعليق ، الصحيح لا يصح ، وان أراد الزوج ان يعفو عن النصف الذى له ، فان قلنا بقول أبى اسحاق انه لا يملك الا بالطلاق والاختيار . ولم يختر بعد صح عفوه بكل لفظ يتضمن اسقاط الخيار ، وان قلنا بالمذهب أنه يملك بنفس الطلاق احتاج الى ثلاث شرائط : الهبة من الايجاب والقبول ، والاذن بالقبض ، والقبض

وإن كان الصداق عيناً في يد الزوجة فأرادت أن تعفو عن نصفها افتقر إلى شروط الهبة ، وإن أراد الزوج أن يعفو عنها ، فإن قلنا : إنه يملك بنفس الطلاق فهو يهبها شيئاً في يدها فلا بد فيه من الإيجاب والقبول ومضى مدة القبض .

(فرع) إذا تزوج امرأة بمهر حرام أو مجهول وجب لها مهر مثلها ؛ فإن أبرأته عنه ـ وكانت تعلم قدره ـ صحت البراءة . وإن كانت لا تعلم قدره وأبرأته عنه لم تصح البراءة . وقال أبو حنيفة تصح ، دليلنا أنه إزالة ملك بلفظ لا يسرى فلم يصح مع الجهل به كالبيع ، وفيه احتراز من العتق ، وإذا ثبت أن الإبراء في الكل لا يصح فهل يصح في قدر ما يتحققه ؟

قال الشيخ أبو حامد : المعروف أنه لا يصح ، وقال أبو إسحاق : يصح ، لأنا إنما منعنا صحة البراءة في كله لأجل الغرر ، وهذا لا يوجد فيما يتحقق أنه لها ، وان كانت تعلم أن المهر يزيد على مائة ولا يبلغ ألفاً فقالت : أبرأتك من مائة إلى ألف صح ، لأن الغرر قد زال والله أعلم .

قال المصنف رحمه الله :

(فصل) وان فوضت بضعها بأن تزوجت وسكت عن المهر أو تزوجت على أن لا مهر لها ففيه قولان (أحدهما) لا يجب لها المهر بالعقد وهو الصحيح لأنه لو وجب لها المهر بالعقد لتنصف بالطلاق (والثاني) يجب لأنه لو لم يجب لما استقر بالدخول ولها أن تطالب بالفرض لأن اخلاء العقد عن المهر خالص لرسول الله صلى الله عليه وسلم فان قلنا يجب بالعقد فرض لها مهر المثل لان البضع كالمستهلك فضمن بقيمته كالسلعة المستهلكة في يد المشترى ببيع فاسد ، وان قلنا لا يجب لها المهر بالعقد فرض لها ما يتفقان عليه لانه ابتداء ايجاب فكان اليهما كالفرض في العقد ومتى فرض لها مهر المثل أو مايتفقان عليه صار ذلك كالمسمى في الاستقرار بالدخول والموت والتنصف بالطلاق لأنه مهر مفروض فصار كالمفروض في العقد ، وان لم يفرض لها حتى طلقها لم يجب لها شيء من المهر لقوله عز وجل « وان طلقتموهن من قبل أن تمسوهن وقد فرضتم لهن فريضة فنصف ما فرضتم » فدل على أنه اذا لم يفرض لم يجب النصف وان لم

يفرض لها حتى وطئها استقر لها مهر المثل ، لأن الوطء فى النكاح من غير مهر خالص لرسول الله (ص) وان ماتا أو أحدهما قبل الفرض ففيه قولان .

أحدهما : لا يجب لها المهر لأنها مفوضة فارقت زوجها قبل الفرض والمسيس فلم يجب لها المهر كما لو طلقت .

(والثانى) يجب لها المهر لما روى علقمة قال أتى عبد الله فى رجل تزوج إمرأة فمات عنها ولم يكن فرض لها شيئاً ولم يدخل بها فقال أقول فيها برأيى لها صداق نسائها وعليها العدة ولها الميراث فقال معقل بن سنان الأشجعى قضى رسول الله صلى الله عليه وسلم فى تزويج بنت واشق بمثل ماقضيت ففرح بذلك ولان الموت معنى يستقر به المسمى فاستقر به مهر المفوضة كالوطء ، وان تزوجت على أن لا مهر لها فى الحال ولا فى الثانى ففيه وجهان .

(أحدهما) أن النكاح باطل لأن النكاح من غير مهر لم يكن إلا لرسول الله صلى الله عليه وسلم فتصير كما لو نكح نكاحا ليس له .

(والثانى) يصح لانه يلغى قولها لا مهر لى فى الثانى لانه شرط باطل فى الصداق فسقط وبقى العقد فعلى هذا يكون حكمه حكم القسم قبله .

(الشرح) اللغات : قال فى البيان : التفويض فى اللغة أن يكل الرجل أمره إلى غيره . وقال ابن بطال : المفوضة المرأة تنكح بغير صداق من قولهم فوضت الامر إلى فلان أى رددته ، إلى أن قال : والتفويض أن تفوض المرأة أمرها إلى الزوج فلا تقدر معه مهراً ، وقيل : التفويض الإهمال . كأنها أهملت أمر المهر فلم تسمه ويقال المرأة مفوضة بالكسر لتفويضها لانها أذنت وبالفتح لان وليها فوضها بعقده .

وأما التفويض فى الشرع فهو تفويض البضع فى النكاح ، يقال : امرأة مفوضة بكسر الواو إذا أضفت التفويض اليها ، ومفوضه بفتح الواو إذا أسند التفويض إلى غيرها ، والتفويض على ضربين ، تفويض مهر وتفويض بضع ، فأما تفويض المهر فمثل أن يقول تزوجتك على أى مهر شئت أو شئتُ أو شئنا فالنكاح صحيح ، ويجب لها مهر مثلها فى العقد ، وأما تفويض البضع فبأن يقول

زوجتكها وتسكت عن المهر أو زوجتكها بلا مهر فى الحال وكان ذلك بإذن المرأة لوليها وهى من أهل الإذن ، فإن النكاح ينعقد ، وأما المهر فقد قال الشيخ أبو حامد لا يجب لها مهر فى العقد قولا واحداً ، ولكنها قد ملكت بالعقد أن تملك مهراً لان لها المطالبة بفرضه ، فهى كالشفيع ملك أن يملك الشقص أو أى مهر ملكت تملكه فيه قولان .

(أحدهما) مهر المثل والمفروض بدل عنه .

(والثانى) مايتفقان عليه . وقال أبو حنيفة يجب لها مهر المثل بالعقد ، وحكى الشيخ أبو إسحاق أنه أحد قولينا لأنه لو لم يجب بالعقد لما استحقت المطالبة به ، ولما استقر بالدخول ، ودليلنا على أنه لا يجب بالعقد أنه لو وجب لها المهر بالعقد لينصف بالطلاق كالمسمى فى العقد ، فإذا قلنا : إنها ملكت أن تملك مهر المثل ويكون المفروض بدلا منه فلأنه إذا عقد عليها النكاح فقد استهلك بضعها فوجب أن يكون لها بدله ، وبدله هو مهر المثل ، وإذا قلنا ملكت أن تملك مهراً ما ، وانما يتقدر ذلك بالفرض .

قال أبو اسحاق وهو أقواهما ولان المهر الذى تملكه المرأة بعقد النكاح مهران مهر تملكه بالتسمية ، ومهر تملكه بالفرض ، ثم ثبت أن المهر الذى تملكه بالتسميه — لا يقدر الا بالتسمية ، فكذلك المهر الذى تملكه بالفرض لا يتقدر الا بالفرض ، لان الشافعى رضى الله عنه نص على أنهما اذا فرضا لها أكثر من مهر المثل لزم لها الجميع ، ولو كانت الزيادة على مهر المثل هبة لم يلزم بالفرض ، وانما يلزم بالقبض .

(فرع) وللمفوضة أن تطالب بفرض المهر لان اخلاء العقد عن المهر خاص للنبى صلى الله عليه وسلم ، فإن ترافعا الى الحاكم فرض لها مهر مثلها لان زيادته على ذلك ميل على الزوج ، ونقصانه عنه ميلا عليها ولا يصح فرضه الا بعد معرفته بقدر مهر مثلها لانه لا يملك الفرض الا بذلك ، وان تراضى الزوجان ففرضاه بينهما ـ فإن كانا عالمين بقدر مهر مثلها ـ صح فرضهما ، فإن فرضا مهر مثلها صح ، وان فرضا أكثر منه صح ولزم ، وقد سمح الزوج ، وان فرضا أقل منه صح ولم يلزم الزوج أكثر منه لأنها سمحت ، وان كانا جاهلين بقدر مهر مثلها

أو أحدهما — فإن قلنا : إنها ملكت بالعقد أن تملك مهر المثل لم تصح فرضهما ، لأن المفروض بدل عن مهر المثل ، فلا بد أن يكون المبدل معلوما عندهما ، وإن قلنا : ملكت بالعقد أن تملك مهراً ما صح فرضهما ، وإذا فرض لها الحاكم لم يفرض لها إلا من نقد البلد ، لأنه بدل بضعها التالف فهو كما لو أتلف عليها عينا من مالها ، وان فرضه الزوجان بينهما جاز أن يفرضا نقداً أو عرضاً مما يجوز تسميته فى العقد ، ولا يلزم إلا ما اتفقا عليه من ذلك ، وإذا فرض لها مهر صحيح كان ذلك كالمسمى فى العقد يستقر بالدخول أو بالموت وينتصف بالطلاق قبل الدخول . وقال أبو حنيفة : إذا طلقها قبل الدخول سقط المفروض ووجب لها المتعه ، دليلنا قوله تعالى « فنصف مافرضتم » الآية . ولأنه مهر واجب قبل الطلاق فينصف بالطلاق كالمسمى لها فى العقد .

(فرع) ويستحب أن لا يدخل بها حتى يفرض لها لئلا يشتبه بالموهوبة ، فإن لم يفرض لها حتى وطئها استقر عليه مهر المثل ؛ لأن الوطء فى النكاح من غير مهر خالص للنبى صلى الله عليه وسلم ، فإن طلقها قبل القبض والمسيس لم يجب لها المهر لقوله تعالى « فنصف مافرضتم إلا أن يعفون » الآية ، وهذا لم يفرض شيئاً ، وإن مات أحدهما قبل القبض والمسيس توارثا ووجب عليها عدة الوفاة إن مات الزوج قبلها بلا خلاف ، لأن الزوجية ثابتة بينهما إلى الموت ، وهل لها مهر المثل ؟ فيه قولان .

أحدهما : يجب لها مهر مثلها ، وبه قال ابن مسعود رضى الله عنه وابن شبرمة وابن أبى ليلى وأبو حنيفة وأصحابه وأحمد وإسحاق إلا أن أبا حنيفة يقول : يجب لها مهر مثلها بالعقد ، ووجه هذا القول ما روى عبد الله بن عتبة بن مسعود أن ابن مسعود سئل عن رجل تزوج امرأة ولم يسم لها مهراً فمات عنها قبل الدخول فقال عبد الله : أقول فيها برأيى ، فإن أصبت فمن الله ، وإن أخطأت فمنى ومن الشيطان ، والله ورسوله بريئان ، لها الميراث وعليها العدة ولها مهر مثلها ، لا وكس ولا شطط : فقام اليه معقل بن سنان الأشجعى وقال : أشهد لقضيت

مثل ماقضى رسول الله (ص) فى بروع بنت واشق ، ففرح عبد الله بذلك ؛ ولأن الموت سبب يستقر به المسمى فاستقر به مهر المفوضة كالدخول .

والثانى : لا يجب لها مهر ، وبه قال على وابن عمر وابن عباس وزيد بن ثابت رضى الله عنهم وأهل المدينة والزهرى وربيعة ومالك والأوزاعى من أهل الشام ولأنها فرقة وردت على المفوضة قبل الفرض والمسيس فلم يجب لها مهر كالطلاق فأما خبر ابن مسعود رضى الله عنه فهو مضطرب ، وروى أنه قام اليه ناس من أشجع ، وروى أنه قام اليه رجل من أشجع ، وروى أنه قام اليه معقل بن سنان وروى أنه قام اليه معقل بن يسار ، وروى أنه قام اليه أبو سنان ، ويجوز أن تكون بروع مفوضة المهر لا مفوضة البضع .

(فرع) وإن زوج الولى وليته بإذنها وهى من أهل الإذن على أن لا مهر لها فى الحال ولا فيما بعد ، فهل يصح النكاح ؟ فيه وجهان .

أحدهما : لا يصح النكاح لانها فى معنى الموهوبة ، وذلك لا يصح إلا للنبى صلى الله عليه وسلم .

والثانى : يصح النكاح ويبطل الشرط ، لأن النكاح لا يخلو من مهر ، فإذا شرط أن لا مهر لها بحال ألغى الشرط لبطلانه ، ولا يبطل النكاح لانه لا يبطل لبطلان المهر . فعلى هذا تكون مفوضة البضع ، وقد مضى حكمها ، فإن زوج الاب أو الجد الصغيرة أو الكبيرة المجنونة أو البكر البالغة العاقلة وفوض بضعها أو أذنت المرأة لوليها فى تزويجها ففوض بضعها بغير إذنها لم تكن مفوضة ، بل يجب لها مهر مثلها ، لأن التفويض إنما يتصور بإذنها اذا كانت من أهل الاذن ، هذا هو المشهور من المذهب .

وقال أبو على بن أبى هريرة : اذا قلنا : ان الذى بيده عقدة النكاح هو الأب والجد صح تفويضه لبضع الصغيرة والمجنونة ، كما يصح عفوه ، والأول أصح ، لانه انما يصح على أحد القولين بعد الطلاق فأما مع بقاء النكاح فلا يصح

(فرع) قال ابن الصباغ : اذا وطىء الزوج المفوضة بعد سنين وقد تغيرت صفتها فانه يجب لها مهر المثل معتبراً بحال العقد ، لأن سبب وجوب ذلك انما هو بالعقد واعتبر به .

وقال القاضى أبو الطيب : يعتبر مهرها أكثر ما كان من حين العقد الى حين الوطء ، لأن لها أن تطالبه بفرض المهر فى كل وقت من ذلك ، وان نكح امرأة نكاحا فاسداً ووطئها اعتبر مهرها حال وطئها ، وان أبرأته من مهرها قبل الفرض لم تصح البراءة ، لأن المهر لم يجب والبراءة من الدين قبل وجوبه لا تصح ، وان أسقطت حقها من المطالبة بالمهر قال ابن الصباغ : لم يصح اسقاطه عندى لأن اثبات المهر ابتداء حق لها يتعلق به حق الله تعالى ، لأن الشرع منعها من هبة بضعها ، وانما خص به النبى صلى الله عليه وسلم ، ولهذا لا يصح أن يطأها بغير عوض ، والله تعالى أعلم

قال المصنف رحمه الله :

{ فصل } ويعتبر مهر المثل بمهر نساء العصبات لحديث علقمة عن عبد الله وتعتبر بالأقرب فالأقرب منهن وأقربهن الاخوات وبنات الاخوة والعمات وبنات الاعمام ، فان لم يكن لها نساء عصبات اعتبر بأقرب النساء اليها من الامهات والخالات لأنهن أقرب اليها ، فان لم يكن لها أقارب اعتبر بنساء بلدها ثم بأقرب النساء شبها بها ويعتبر بمهر من هى على صفتها فى الحسن والعقل والعفة واليسار ، لأنه قيمة متلف فاعتبر فيها الصفات التى يختلف بها العوض والمهر يختلف بهذه الصفات ويجب من نقد البلد كقيم المتلفات

(الشرح) قال الشافعى رضى الله عنه : ومتى قلت لها مهر نسائها فانما أعنى نساء عصبتها وليس أمها من نسائها . وجملة ذلك أن أصحابنا قالوا يجب لها مهر مثلها فى سبعة مواضع

(١) مفوضة المهر (٢) مفوضة البضع اذا دخل بها الزوج قبل الفرض أو مات عنها فى أحد القولين

(٣) اذا فوض الولى بضعها بغير اذنها (٤) اذا نكحت المرأة بمهر فاسد أو مجهول (٥) اذا نكحها نكاحا فاسدا ووطئها (٦) اذا وطىء امرأة بشبهة (٧) اذا أكره المرأة على الزنا ، وكل موضع وجب للمرأة مهر

مثلها تعتبر بنساء عصبتها كالأخوات وبنات الأخوات والعمات وبنات الأعمام، ولا يعتبر بنساء ذوى أرحامها كأمهاتها وخالاتها . ولا بنساء بلدها . وقال ابن أبى ليلى وأبو حنيفة : يعتبر بنساء عصباتها وبنساء ذوى أرحامها . دليلنا ماروى أن النبى صلى الله عليه وسلم قضى فى بروع بنت واشق أن لها مهر نساء قومها . وهذا يقتضى قومها الذين تنسب اليهم ، ولأنه اذا لم يكن بد من اعتبارها بغيرها من النساء ، فاعتبارها بنساء عصباتها أولى لأنها تساويهن فى النسب ، ويعتبر بمن هى فى مثل حالها فى الجمال والعقل والأدب والسن والبكارة والثيوبة والدين وصراحة النسب . وإنما اعتبر الجمال لأن له تأثيراً فى الاستمتاع وهو المقصود بالنكاح ، والعقل والأدب يعتبران ، لأن مهر العاقلة الأديبة أكثر من مهر من لاعقل لها ولا أدب . وكذلك مهر الشابة والبكر أكثر من مهر العجوز والثيب ومهر العفيفة أكثر من مهر الفاسقة . قال الشافعى وصراحتها : فمن أصحابنا من قال : أراد الفصاحة فى اللسان . وقال أكثرهم أراد صراحة النسب ، لأن العرب أكمل من العجم — فإن كانت بين عربيين لم يعتبر بمن هى بين عربى وعجمية ، لأن الولد بين عربى وعجمية هجين . والولد بين عربية وعجمى مقرف ومدرع ، قال الشاعر فى المقرف :

وما هند إلا مهرة عربية ... سليلة أفراس تجللها بغل
فإن نتجت مهراً كريما فبالحرى ... وإن يك أقرافا فما أنجب الفحل

وقال فى المدرع :

إن المدرع لا تغنى خؤولته ... كالبغل يعجز عن شوط المحاضير

ويعتبر بالأقرب فالأقرب ، فإن لم يكن فى أخواتها مثلها صعد الى بنات أخيها ثم إلى عماتها ثم الى بنات عمها ، فإن لم يكن نساء عصباتها فى بلدها متفرقة ؛ ومهور ذلك البلد تختلف اعتبرت بنساء عصباتها من أهل بلدها لأنها أقرب اليهن فإن لم يكن لها عصبات أو كان لها نساء عصبة ولم يوجد فيهن مثلها اعتبرت بأقرب النساء اليها من ذوى أرحامها كأمهاتها وخالاتها ، فان لم يكن لها من يشبهها منهن اعتبرت بنساء بلدها ، ثم بنساء أقرب بلد إلى بلدها

(فرع) فان كان من عادتهم اذا زوجوا من عشيرتهم خففوا المهر ، واذا

زوجوا من الأجانب نقلوا المهر حمل الأمر على ذلك — فإن كان زوجها من عشيرتها خفف المهر . وإن كان من الأجانب نقل ، لأن المهر يختلف بذلك . قال ابن الصباغ : وينبغى على هذا إذا كان الزوج شريفاً — والعادة أن يخفف مهر الشريف لشرف الزوج أن يعتبر ذلك

(فرع) ويجب مهر المثل حالا من نقد البلد . وقال الصيمرى : إن جرت عادتهم فى ناحية بالثياب وغير ذلك قضى لها بذلك ، والمنصوص هو الأول لأنه بدل متلف فأشبه سائر المتلفات .

قال أبو على الطبرى : وإن كان عادة نساء عصباتها التأجيل فى المهر فإنه لا يجب لها المهر المؤجل بل يجب حالا : وينقص منه لأجل التأجيل ، لأن القيم لا تكون مؤجلة .

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) وإذا أعسر الرجل بالمهر ففيه طريقان ، من أصحابنا من قال : إن كان قبل الدخول ثبت لها الخيار فى فسخ النكاح ، لأنه معاوضة يلحقه الفسخ ، فجاز فسخه بالإفلاس بالعوض كالبيع ، وان كان بعد الدخول لم يجز الفسخ لأن البضع صار كالمستهلك بالوطء فلم تفسخ بالافلاس كالبيع بعد هلاك السلعة . ومن أصحابنا من قال : إن كان قبل الدخول ثبت الفسخ ، وإن كان بعد الدخول ففيه قولان (أحدهما) لا يثبت لها الفسخ لما ذكرناه (والثانى) يثبت لها الفسخ وهو الصحيح ، لأن البضع لا يتلف بوطء واحد فجاز الفسخ والرجوع اليه ، ولا يجوز الفسخ الا بالحاكم ، لأنه مختلف فيه فافتقر الى الحاكم ، كفسخ النكاح بالعيب .

(فصل) إذا زوج الرجل إبنه الصغير وهو معسر ففيه قولان ، قال فى القديم يجب المهر على الاب لأنه لما زوجه مع العلم بوجوب المهر والاعسار كان ذلك رضا بالتزامه . وقال فى الجديد يجب على الابن وهو الصحيح ، لأن البضع له فكان المهر عليه

(فصل) وان تزوج العبد بإذن المولى فإن كان مكتسباً وجب المهر والنفقة

فى كسبه لأنه لا يمكن إيجاب ذلك على المولى لأنه لم يضمن ، ولا فى رقبة العبد لأنه وجب برضا من له الحق ، ولا يمكن إيجابه فى ذمته لأنه فى مقابلة الاستمتاع فلا يجوز تأخيره عنه ؛ فلم يبق إلا الكسب فتعلق به ولا يتعلق إلا بالكسب الحادث بعد العقد ، فان كان المهر مؤجلا تعلق بالكسب الحادث بعد حلوله ، لأن ما كسبه قبله للمولى ، ويلزم المولى تمكينه من الكسب بالنهار ومن الاستمتاع بالليل ، لأن إذنه فى النكاح يقتضى ذلك ؛ فإن لم يكن مكتسباً وكان مأذوناً له فى التجارة فقد قال فى الأم : يتعلق بما فى يده ، فمن أصحابنا من حمله على ظاهره ، لأنه دين لزمه بعقد أذن فيه المولى فقضى مما فى يده كدين التجارة . ومن أصحابنا من قال : يتعلق بما يحصل من فضل المال . لأن ما فى يده للمولى فلا يتعلق به كما لا يتعلق بما فى يده من الكسب ، وإنما يتعلق بما يحدث وحمل كلام الشافعى رحمه الله على ذلك ، وإن لم يكن مكتسباً ولا مأذوناً له فى التجارة ففيه قولان .

(أحدهما) يتعلق المهر والنفقة بذمته يتبع به إذا أعتق ، لأنه دين لزمه برضا من له الحق فتعلق بذمته كدين القرض ، فعلى هذا للمرأة أن تفسخ إذا أرادت (والثانى) يجب فى ذمة السيد لأنه لما أذن له فى النكاح مع العلم بالحال صار ضامناً للمهر والنفقة ، وإن تزوج بغير إذن المولى ووطىء فقد قال فى الجديد يجب فى ذمته يتبع به إذا أعتق ، لأنه حق وجب برضا من له الحق فتعلق بذمته كدين القرض . وقال فى القديم : يتعلق برقبته لأن الوطء كالجناية ، وان أذن له فى النكاح فنكح نكاحا فاسداً ووطىء ففيه قولان

(أحدهما) أن الاذن يتضمن الصحيح والفاسد ، لأن الفاسد كالصحيح فى المهر والعدة والنسب ، فعلى هذا حكمه حكم الصحيح وقد بيناه

(والثانى) وهو الصحيح أنه لا يتضمن الفاسد لأن الاذن يقتضى عقداً يملك به ، فعلى هذا حكمه حكم ما لو تزوج بغير إذنه وقد بيناه

(الشرح) إذا أعسر الرجل بالصداق فهل يثبت لها الخيار فى فسخ النكاح ؟ فيه ثلاثة طرق حكاها ابن الصباغ ، من أصحابنا من قال : إن كان بعد الدخول لم يثبت لها الخيار قولا واحداً ، وان كان قبل الدخول ففيه قولان . أحدهما يثبت

لها الخيار لانه تعذر عليها تسليم العوض والمعوض باق بحاله فكان لها الرجوع إلى المعوض كما لو أفلس المشترى بالثمن والمبيع باق بحاله . والثانى : لا يثبت لها الخيار ، لان تأخير المهر ليس فيه ضرر متحقق فهو بمنزلة نفقة الخادم إذا أعسر بها الزوج . ومنهم من قال : ان كان قبل الدخول ثبت لها الخيار قولا واحداً .
وان كان بعد الدخول ففيه قولان (أحدهما) لا يثبت لها الخيار قولا واحداً .
وإن كان بعد الدخول ففيه قولان (أحدهما) لا يثبت لها الخيار لان المعقود عليه قد تلف فهو كما لو أتلف المبيع فى يد المشترى ثم أفلس (والثانى) لا يثبت لها الخيار وهو اختيار الشيخ أبى إسحاق ، لان المرأة يجب عليها التمكين من الوطء وجميعه فى مقابلة الصداق ، وإنما سلمت بعضه فكان لها الفسخ فى الباقى فهو كما لو وجد البائع بعض المبيع فى يد المفلس . ومنهم من قال: ان كان قبل الدخول ثبت لها الخيار قولا واحدا ، وان كان بعده لم يثبت لها الخيار قولا واحداً . لان قبل الدخول لم يتلف البضع ، وبعد الدخول قد تلف البضع ، لان المسمى يستقر بالوطء الاول كما يستقر الثمن بتسليم جميع المبيع ، وباقى الوطئات تبع الأولة ، فإذا تزوجت امرأة رجلا مع العلم باعساره بالمهر ، وقلنا لها الخيار اذا لم تعلم به فهل يثبت لها الخيار ههنا ؟ فيه وجهان حكاهما ابن الصباغ
(أحدهما) لا يثبت لها الخيار لانها رضيت بتأخيره بخلاف النفقة فان النفقة لا تجب بالعقد ولأنه قد يتمكن المعسر من النفقة بالكسب والاجتهاد بخلاف الصداق
(والثانى) يثبت لها الخيار لانه يجوز أن يقدر عليه بعد العقد ، فلا يكون باعساره رضا بتأخير الصداق كالنفقة ، واذا أعسر بالصداق فرضيت بالمقام معه لم يكن لها الخيار بعد ذلك ، لان حق الصداق لم يتجدد بخلاف النفقة . هذا ترتيب البغداديين . وقال المسعودى اذا رضيت باعساره بالمهر ثم رجعت ، فان كان قبل الدخول ، كان لها الامتناع ، وان كان بعد الدخول لم يكن لها الامتناع ، وان رضيت بالمقام معه بعدما أعسر بالصداق سقط حقها من الفسخ ولا يلزمها أن تسلم نفسها بل لها أن تمتنع حتى يسلم صداقها ، لأن رضاها انما يؤثر فى إسقاط الفسخ دون الامتناع ، ولا يصح الفسخ للإعسار بالصداق إلا باذن الحاكم لأنه مجتهد فيه كفسخ النكاح بالعيب

قال المصنف رحمه الله تعالى :

باب اختلاف الزوجين فى الصداق

إذا اختلف الزوجان فى قدر المهر أو فى أجله تحالفا ، لأنه عقد معاوضة فجاز أن يثبت التحالف فى قدر عوضه وأجله كالبيع ، وإذا تحالفا لم ينفسخ النكاح ؛ لأن التحالف يوجب الجهل بالعوض ، والنكاح لا يبطل بجهالة العوض ، ويجب مهر المثل ، لأن المسمى سقط وتعذر الرجوع إلى المعوض فوجب بدله ، كما لو تحالفا فى الثمن بعد هلاك المبيع فى يد المشترى

وقال أبو على بن خيران : إن زاد مهر المثل على ما تدعيه المرأة لم تجب الزيادة لأنها لا تدعيها ؛ وقد بينا فساد قوله فى البيع ، وإن ماتا أو أحدهما قام الوارث مقام الميت لما ذكرناه فى البيع ، فإن اختلف الزوج وولى الصغيرة فى قدر المهر ففيه وجهان

(أحدهما) يحلف الزوج ويوقف يمين المنكوحة إلى أن تبلغ ولا يحلف الولى ، لأن الانسان لا يحلف لاثبات الحق لغيره

(والثانى) أنه يحلف — وهو الصحيح — لأنه باشر العقد فحلف كالوكيل فى البيع ، فإن بلغت المنكوحة قبل التحالف لم يحلف الولى ، لأنه لا يقبل إقراره عليها فلم يحلف ، وهذا فيه نظر ، لأن الوكيل يحلف وإن لم يقبل إقراره وإن ادعت المرأة أنها تزوجت به يوم السبت بعشرين ويوم الأحد بثلاثين ، وأنكر الزوج أحد العقدين ، وأقامت المرأة البينة على العقدين وادعت المهرين قضى لها ، لأنه يجوز أن يكون تزوجها يوم السبت ثم خالعها ، ثم تزوجها يوم الأحد ، فلزمه المهران

(الشرح) اذا اختلف الزوجان فى قدر المهر بأن قال تزوجتك بمائة فقالت بل بمائتين أو فى جنسه بأن قال تزوجتك على دراهم فقالت بل على دنانير ، أو فى عينه بأن قال : تزوجتك بهذه السيارة فقالت بل بهذه العمارة ، أو فى أجله بأن قال تزوجتك بمهر مؤجل فقالت بل بمهر حال ولا بينة لأحدهما تحالفا ، وسواء كان اختلافهما قبل الدخول أو بعده ، وبه قال الثورى

وقال مالك : إن كان الاختلاف قبل الدخول تحالفا وفسخ النكاح . وان كان بعد الدخول فالقول قول الزوج . وقال النخعي وابن شبرمة وابن أبي ليلى وأبو يوسف : القول قول الزوج بكل حال ، إلا أن أبا يوسف قال الا أن يدعى الزوج مهراً مستنكراً لا يزوج بمثله في العادة ، فلا يقبل . وقال أبو حنيفة ومحمد ان اختلفا بعد الطلاق فالقول قول الزوج ، وان كان اختلافهما قبل الطلاق فالقول قول الزوجه الا أن تدعى أكثر من مهر مثلها . فيكون القول قولها في قدر مهر مثلها ، وفي الزيادة القول قول الزوج مع يمينه .

دليلنا قوله صلى الله عليه وسلم : البينة على من ادعى واليمين على من أنكر وكل واحد من الزوجين مدعى عليه فكان عليه اليمين كالذى أجمع عليه كل مخالف فيها اذا ثبت هذا فالكلام في البادىء منهما وفي صورة التحالف بالبيع ، واذا تحالفا لم ينفسخ النكاح . وقال مالك : ينفسخ .

دليلنا : أن أكثر ما فيه أن المهر يصير مجهولا ، والجهل بالمهر لا يفسد النكاح عندنا ، وقد مضى الدليل عليه ؛ ويسقط المسمى لان كل واحد منهما قد حقق بيمينه ما حلف عليه ، وليس أحدهما بأولى من الآخر فسقطا وهل يسقط ظاهراً وباطنا ؟ أو يسقط في الظاهر دون الباطن ، على الاوجه الثلاثة في البيع وهل ينفسخ بنفس التحالف أو بالفسخ ، على ما مضى في البيع ، وترجع المرأة الى مهر مثلها سواء كان ذلك أكثر مما تدعيه أو أقل .

وقال أبو علي بن خيران : ان كان مهر المثل أكثر مما تدعيه لم تستحق الزيادة وقال ابن الصباغ : ينبغي أن يقال : اذا قلنا . ينفسخ في الظاهر دون الباطن لا تستحق الا أقل الأمرين من مهر المثل أو ما تدعيه ، والمشهور هو الاول ، ولان بالتحالف سقط اعتبار المسمى فصار الاعتبار بمهر المثل ، ويبطل ماقاله بما لو كان مهر المثل أقل مما اعترف الزوج أنه تزوجها به ، فانها لا تستحق أكثر من مهر مثلها ، ولا يلزم الزوج ما اعترف به من الزيادة .

(مسألة) قال الشافعي رضي الله عنه : وهكذا الزوجة وأبو الصبية ، وجملة ذلك أن الاب والجد اذا زوج الصغيرة أو المجنونة ، واختلف الاب والجد في قدر

المهر والزوج ، فهل يتحالفان ؟ اختلف أصحابنا فمنهم من قال : يحلف الزوج وتوقف يمين الزوجه إلى أن تبلغ أو تفيق ، ولا يحلف الولى لأن النيات لا تدخل فى اليمين ، وحمل النص على أنه أراد به العطف على قوله ، وبدأت بيمين الزوج مع الكبيرة ثم مع أبى الصغيرة ، وذهب أبو العباس وأبو إسحاق وأكثر أصحابنا إلى أن الأب والجد يحلفان مع الزوج على ظاهر قول الشافعى رحمه الله وهو الصحيح ، لأنه عاقد لحاف كالو وكل رجل ببيع سلعة فاختلف هو والمشترى فانه يحلف ، إذا ثبت هذا فإن التحالف بينهما إنما يتصور بشرطين .

(أحدهما) اذا ادعى الأب والجد أنه زوجها بأكثر من مهر المثل ، وادعى الزوج أنه انما تزوجها بمهر المثل : فأما اذا اختلفا فى مهر المثل أو أقل منه فلا تحالف بينهما لأنها اذا زوجها بأقل من مهر المثل ثبت لها مهر المثل .

(والثانى) اذا كانت المنكوحة عند الاختلاف صغيرة أو مجنونة ، فأما اذا بلغت أو أفاقت قبل التحالف فان عامة أصحابنا قالوا : لا يحلف الولى لأنه لو أقر عنها بما يدعى الزوج لم يقبل فى هذه الحالة بخلاف ما قبل البلوغ والإفاقة : فانه لو أقر بما يدعى الزوج من مهر المثل قبل اقراره ، وقال القاضى أبو الطيب والشيخ أبو اسحاق : يقبل حلف الولى ، لأن الوكيل يحلف وان لم يقبل اقراره فكذلك الولى ههنا .

(فرع) اذا ادعت المرأة أنه عقد عليها النكاح يوم الخميس بعشرين ثم عقد عليها يوم الجمعة بثلاثين وأقامت على ذلك بينة وطلبت المهرين . قال الشافعى رضى الله عنه : فهما لها ، لأنه يجوز أن يكون تزوجها يوم الخميس بعشرين ثم خالعها بعد الدخول ثم تزوجها وطلقها قبل الدخول ثم تزوجها فيلزمه المهران ، فان قال الزوج : انما عقدت يوم الجمعة تكرارا وتأكيدا فالقول قولها مع يمينها لأن الظاهر لزومها .

قال المزنى : للزوج أن يقول : كان الفراق قبل النكاح الثانى قبل الدخول ، فلا يلزمه الا نصف الأول وجميع الثانى ، لان القول قوله أنه لم يدخل فى الاول قال أصحابنا : انما قصد الشافعى رحمه الله أن المهرين واجبان ، فان ادعى سقوط نصف الاول بالطلاق قبل الدخول كان القول قوله ، لان الاصل عدم الدخول

قال أصحابنا : وهكذا لو أقام بينة أنه باع من رجل هذا الثوب يوم الخميس بعشرة وأنه باعه يوم الجمعة بعشرين لزمه الثمنان لجواز أن يرجع اليه بعد البيع الاول أو هبته .

قال المصنف رحمه الله :

(فصل) وان اختلفا فى قبض المهر فادعاه الزوج وأنكرت المرأة فالقول قولها ، لأن الاصل عدم القبض وبقاء المهر ، وان كان الصداق تعليم سورة فادعى الزوج أنه علمها ، وأنكرت المرأة ـ فان كانت لا تحفظ السورة ـ فالقول قولها لأن الاصل عدم التعليم ، وان كانت تحفظها ففيه وجهان .

(أحدهما) أن القول قولها ، لان الاصل أنه لم يعلمها .

(والثانى) أن القول قوله ، لأن الظاهر أنه يعلمها لم غيره وان دفع اليها شيئا وادعى أنه دفعه عن الصداق وادعت المرأة أنه هدية ، فان اتفقا على أنه لم يتلفظ بشيء ، فالقول قوله من غير يمين لان الهدية لا تصح بغير قول ، وان اختلفا فى اللفظ فادعى الزوج أنه قال هذا عن صداقك ، وادعت المرأة أنه قال : هو هدية فالقول قول الزوج ، لان الملك له ، فاذا اختلفا فى انتقاله كان القول فى الانتقال قوله كما لو دفع الى رجل ثوباً فادعى أنه باعه ، وادعى القابض أنه وهبه له .

(فصل) وان اختلفا فى الوطء فادعته المرأة وأنكر الزوج فالقول قوله ، لأن الاصل عدم الوطء فان أتت بولد يلحقه نسبه فى المهر قولان (أحدهما) يجب لأن الحاق النسب يقتضى وجود الوطء (والثانى) لا يجب لأن الولد يلحق بالامكان والمهر لا يجب إلا بالوطء والأصل عدم الوطء .

(فصل) وإن أسلم الزوجان قبل الدخول فادعت المرأة أنه سبقها بالإسلام فعليه نصف المهر وادعى الزوج أنها سبقته فلا مهر لها فالقول قول المرأة لأن الاصل بقاء المهر ، وإن اتفقا على أن أحدهما سبق ولا يعلم عين السابق منهما ، فإن كان المهر فى يد الزوج لم يجز للمرأة أن تأخذ منه شيئاً لانها تشك فى الاستحقاق وإن كان فى يد الزوجة رجع الزوج بنصفه لأنه يتيقن استحقاقه ولا يأخذ من النصف الآخر شيئاً ، لانه شك فى استحقاقه .

(الشرح) إذا ادعى الزوج أنه دفع الصداق الى زوجته وأنكرت ولا بينة له فالقول قول الزوجة مع يمينها ، وبه قال الشعبي وسعيد بن جبير وأهل الكوفة وابن شبرمة وابن أبي ليلى وأبو حنيفة وأصحابه . وقال مالك والاوزاعى : ان كان الاختلاف قبل الدخول فالقول قول الزوجة ، وان كان بعد الدخول فالقول قول الزوج ، وقال الفقهاء السبعة من أهل المدينة ان كان الاختلاف قبل الزفاف فالقول قولها ، وان كان بعد الزفاف فالقول قوله ، دليلنا قوله صلى الله عليه وسلم البينه على المدعى واليمين على المدعى عليه ، والمرأة مدعى عليها فى جميع الحالات فكان القول قولها .

(فرع) وان أصدقها تعليم سورة وادعى أنه قد علمها اياها وأنكرت ، فإن كانت لا تحفظها فالقول قولها مع يمينها ، لان الاصل عدم التعليم ، وان كانت تحفظها ففيه وجهان ، أحدهما : القول قولها لما ذكرناه ، والثانى : القول قوله ، لان الظاهر أنه قد علمها .

(فرع) وان أصدقها ألف درهم فدفع اليها ألف درهم فقال دفعتها عن الصداق وقالت . بل دفعتها هدية أو هبة ، فإن اتفقا أنه لم يتلفظ بشىء فالقول قوله من غير يمين ، لان الهدية والهبة لا تصح بغير قول ، وان اختلفا فى قوله فقال قلت هذا عن الصداق ، وقالت بل قلت ، هذا هدية فالقول قوله لانه أعلم بقوله قال الشافعى ولو تصادقا أن الصداق ألف فدفع اليها ألفين فقال : ألف صداق ، وألف وديعة ، وقالت ألف صداق وألف هدية فالقول قوله مع يمينه ، وله عندها ألف وديعة ، واذا أقرت أن قبضت منه شيئاً فقد أقرت بمال له وادعت ملكه ، فالقول قوله فى ماله .

(مسألة) وان ادعت المرأة أنه خلا بها وأصابها أو أصابها من غير خلوة فأنكر الزوج فالقول قوله مع يمينه لان الاصل عدم الخلوة والاصابة ، وان صادقها على الخلوة والتمكن فيها من الاصابة وأنكر الإصابة فان قلنا انها ليست كالاصابة ، فهل القول قوله أو قولها ؟ فيه قولان ، قال فى القديم القول قولها لان الظاهر معها ، وقال فى الجديد القول قوله وهو الأصح ؛ لأن الأصل عدم الاصابة وما بقى من الفصول فهى ماضية على وجهها .

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) وان أصدقها عينا ثم طلقها قبل الدخول ، وقد حدث بالصداق عيب فقال الزوج : حدث بعد ما عاد الى فعليك أرشه ، وقالت المرأة : بل حدث قبل عوده اليك فلا يلزمنى أرشه فالقول قول المرأة ، لأن الزوج يدعى وقوع الطلاق قبل النقص والأصل عدم الطلاق والمرأة تدعى حدوث النقص قبل الطلاق والاصل عدم النقص فتقابل الامران فسقطا والاصل براءة ذمتها .

(فصل) واذا وطىء امرأة بشبهة أو فى نكاح فاسد لزمه المهر لحديث عائشة رضى الله عنها أن النبى صلى الله عليه وسلم قال « أيما امرأة نكحت بغير اذن وليها فنكاحها باطل ، فنكاحها باطل ، فنكاحها باطل ، فان مسها فلها المهر بما استحل من فرجها ، فان أكرهها على الزنا وجب عليه المهر لانه وطء سقط فيه الحد عن الموطوءة بشبهة ، والواطىء من أهل الضمان فى حقها ، فوجب عليه المهر كما لو وطئها فى نكاح فاسد — فان طاوعته على الزنا نظرت — فان كانت حرة لم يجب لها المهر ، لما روى أبو مسعود البدرى رضى الله عنه أن النبى صلى الله عليه وسلم « نهى عن ثمن الكلب ومهر البغى وحلوان الكاهن » وان كانت أمة لم يجب لها المهر على المنصوص للخبر ، ومن أصحابنا من قال : يجب لان المهر حق للسيد فلم يسقط باذنها كأرش الجناية .

(فصل) وان وطىء امرأة وادعت المرأة أنه استكرهها وادعى الواطىء أنها طاوعته ففيه قولان .

أحدهما : القول قول الواطىء لان الاصل براءة ذمته . والثانى : القول قول الموطوءة ، لان الواطىء متلف ويشبه أن يكون القولان مبنيين على القولين فى اختلاف رب الدابة وراكبها ورب الأرض وزارعها .

(فصل) وان وطىء المرتهن الجارية المرهونة باذن الراهن وهو جاهل بالتحريم ففيه قولان .

(أحدهما) لا يجب المهر لان البضع للسيد وقد أذن له فى اتلافه فسقط بدله

كما لو أذن له فى قطع عضو منها (والثانى) يجب لأنه وطء سقط عنه الحد للشبهة فوجب عليه المهر كما لو وطىء فى نكاح فاسد ، فإن أتت منه بولد ففيه طريقان من أصحابنا من قال فيه قولان كالمهر لأنه متولد من مأذون فيه ، فإذا كان فى بدل المأذون فيه قولان كذلك وجب أن يكون فى بدل ما تولد منه قولان . وقال أبو إسحاق تجب قيمة الولد يوم سقط قولا واحداً لأنها تجب بالاحبال ولم يوجد الاذن فى الاحبال ، والطريق الأول أظهر لأنه وإن لم يأذن فى الاحبال الا أنه أذن فى سببه

(الشرح) حديث عائشة رواه أبو داود والسجستانى وأبو داود الطيالسى وابن ماجه والدارقطنى والترمذى ، وكذلك رواه الشافعى ومن طريق سليمان ابن موسى عن الزهرى عن عروة عنها ، وقد مضى الكلام على طرقه فى ولاية النكاح . أما حديث أبى مسعود البدرى وهو عقبة بن عمرو رضى الله عنه فقد أخرجه أصحاب الكتب الستة وأحمد والدارقطنى ، وقد ذكره فى البيوع وغيرها من المجموع

وأولى بالكلام من هذه الفصول أنه إذا أصدقها عينا وقبضتها ثم طلقها قبل الدخول ووجد فى العين نقص فقد ذكرنا أن هذا النقص لا يلزمها أرشه ، وان حدث بعد الطلاق فعليها أرشه ، فاختلف الزوجان فى وقت حدوثه ، فقال الزوج حدث فى يدك بعد عود النصف إلىّ إما بالطلاق على المنصوص أو بالطلاق واختيار التملك على قول أبى اسحاق . وقالت الزوجة بل حدث قبل ذلك فالقول قول الزوجة مع يمينها ، لأن الزوج يدعى وقوع الطلاق قبل حدوث القبض وهى تنكر ذلك ، والاصل عدم الطلاق ، والزوجة تدعى حدوث النقص قبل الطلاق والاصل عدم حدوث النقص ، فتعارض هذان الاصلان وسقطا ، وبقى أصل براءة ذمتها من الضمان ، فكذلك كان القول قولها وبالله التوفيق

قال المصنف رحمه الله تعالى :

باب المتعة

إذا طلقت المرأة لم يخل إما أن يكون قبل الدخول أو بعده - فإن كان قبل الدخول نظرت ، فإن لم يفرض لها مهر - وجب لها المتعة لقوله تعالى «لا جناح عليكم إن طلقتم النساء ما لم تمسوهن أو تفرضوا لهن فريضة ، ومتعوهن » ولأنه لحقها بالنكاح ابتذال ، وقلت الرغبة فيها بالطلاق ، فوجب لها المتعة ، وإن فرض لها المهر لم تجب لها المتعة ، لأنه لما أوجب بالآية لمن لم يفرض لها دل على أنه لا يجب لمن فرض لها ، ولأنه حصل لها فى مقابلة الابتذال نصف المسمى ، فقام ذلك مقام المتعة .

وإن كان بعد الدخول ففيه قولان ، قال فى القديم : لا تجب لها المتعة ، لأنها مطلقة من نكاح لم يخل من عوض ، فلم تجب لها المتعة كالمسمى لها قبل الدخول . وقال فى الجديد: تجب لقوله تعالى « فتعالين أمتعكن وأسرحكن سراحا جميلا » وكان ذلك فى نساء دخل بهن ، ولأن ما حصل من المهر لها بدل عن الوطء ، وبقى الابتذال بغير بدل ، فوجب لها المتعة كالمفوضة قبل الدخول . وإن وقعت الفرقة بغير الطلاق نظرت - فإن كانت بالموت - لم تجب لها المتعة لأن النكاح قد تم بالموت وبلغ منتهاه فلم تجب لها متعة . وإن كانت بسبب من جهة أجنبي كالرضاع فحكمه حكم الطلاق فى الاقسام الثلاثة ، لأنها بمنزلة الطلاق فى تنصيف المهر فكانت كالطلاق فى المتعة

وإن كانت بسبب من جهة الزوج كالإسلام والردة واللعان فحكمه حكم الطلاق فى الاقسام الثلاثه ، لأنها فرقة حصلت من جهته فأشبهت الطلاق ، وإن كانت بسبب من جهة الزوجة كالاسلام والردة والرضاع والفسخ بالاعسار والعيب بالزوجين جميعاً لم تجب لها المتعة ، لان المتعة وجبت لها لما يلحقها من الابتذال بالعقد وقلة الرغبة فيها بالطلاق ، وقد حصل ذلك بسبب من جهتها فلم تجب . وإن كانت بسبب منهما نظرت - فإن كانت بخلع أو جعل الطلاق اليها فطلقت -

كان حكمها حكم المطلقة فى الاقسام الثلاثة ، لان المغلب فيها جهة الزوج ؛ لانه يمكنه أن يخالعها مع غيرها ويجعل الطلاق الى غيرها فجعل كالمنفرد به . وان كانت الزوجة أمة فاشتراها الزوج فقد قال فى موضع لا متعة لها ، وقال فى موضع لها المتعة ، فمن أصحابنا من قال هى على قولين

(أحدهما) لامتعة لها لان المغلب جهة السيد ، لانه يمكنه أن يبيعها من غيره فكان حكمه فى سقوط المتعه حكم الزوج فى الخلع فى وجوب المتعه ، ولانه يملك بيعها من غير الزوج فصار اختياره للزوج اختياراً للفرقه .

(والثانى) أن لها المتعه لانه لا مزيه لاحدهما على الآخر فى العقد ، فسقط حكمها كما لو وقعت الفرقه من جهة أجنبى .

وقال أبو إسحاق : ان كان مولاها طلب البيع لم تجب لانه هو الذى اختار الفرقه . وإن كان الزوج طلب وجبت ، لانه هو الذى اختار الفرقه ، وحمل القولين على هذين الحالين .

(الشرح) المتاع فى اللغة كل ما ينتفع به كالطعام والثياب وأثاث البيت ؛ وأصل المتاع ما يتبلغ به من الزاد ، وهو اسم من متعته بالتثقيل اذا أعطيته ، والجمع أمتعة ، ومتعة الطلاق من ذلك ، ومتعت المطلقه بكذا إذا أعطيتها إياه لانها تنتفع به وتتمتع به

قال الشافعى رضى الله عنه : لامتعة للمطلقات الا لواحدة ، وهى التى تزوجها وسمى لها مهراً . أو تزوجها مفوضة وفرض لها المهر ثم طلقها قبل الدخول فلا متعة لها . وجملة ذلك أن المطلقات ثلاث . مطلقه لها المتعه قولا واحداً . ومطلقه لا متعة لها قولا واحداً . ومطلقه هل لها متعه . على قولين . فأما التى لها المتعه قولا واحدا فهى التى تزوجها مفوضه ولم يفرض لها مهراً ثم طلقها قبل الفرض والمسيس لقوله تعالى « لا جناح عليكم ان طلقتم النساء ما لم تمسوهن أو تفرضوا لهن فريضة ومتعوهن » ولانه قد لحقها بالعقد والطلاق قبل الدخول ابتذال فكان لها المتعة بدلا عن الابتذال .

وأما التى لا متعة لها قولا واحدا فهى التى تزوجها وسمى لها مهراً فى العقد

أو تزوجها مفوضه وفرض لها مهراً ثم طلقها قبل الدخول ، لأن الله تعالى علق وجوب المتعة بشرطين . وهو أن يكون الطلاق قبل الفرض والمسيس ، وههنا أحـد الشرطين غير موجود ، وقد جعلنا لها المتعة لكيلا يعرى العقد من بدل . وههنا قد جعل لها نصف المهر

وأما المطلقة التي في المتعة لها قولان ، فهي التي تزوجها وسمى لها مهراً في العقد ودخل بها أو تزوجها مفوضة وفرض لها مهراً ودخل بها أو لم يفرض لها مهراً أو دخل بها ، ففي هذه الثلاث قولان

قال في القديم : لا متعة لها . وبه قال أبو حنيفة وإحدى الروايتين عن أحمد لقوله تعالى « لا جناح عليكم إن طلقتم النساء ما لم تمسوهن أو تفرضوا لهن فريضة ومتعوهن » فعلق المتعة بشرطين ، وهو أن يكون الطلاق قبل الفرض وقبل المسيس ، ولم يوجد الشرطان ههنا . وقوله تعالى « إذا نكحتم المؤمنات ثم طلقتموهن من قبل أن تمسوهن فما لكم عليهن من عـدة تعتدونها ، فمتعوهن » فجعل لهن المتعة قبل المسيس وقد وجد المسيس ههنا ، ولأنها مطلقة لم يخل نكاحها عن بدل فلم يكن لها المتعة ، كما لو سمى لها مهرا ثم طلقها قبل الدخول

وقال في الجديد : لها المتعة ، وبه قال عمر وعلى والحسن بن علي وابن عمر ولا مخالف لهم في الصحابة

قال المحاملي وهو الأصح لقوله تعالى « وللمطلقات متاع بالمعروف » فجعل الله تعالى المتعة لكل مطلقة ، إلا ما خصه الدليل ، ولقوله تعالى « يا أيها النبي قل لأزواجك إن كنتن تردن الحياة الدنيا وزينتها فتعالين أمتعكن » وهذا في نساء النبي صلى الله عليه وسلم اللاتي دخل بهن وقد كان سمى لهن المهر بدليل حديث عائشة رضي الله عنها : كان صداق النبي صلى الله عليه وسلم اثنى عشر أوقيه ونشاً ولأن المتعه إنما جعلت لما لحقها من الابتذال بالعقد والطلاق ، والمهر في مقابلة الوطء ، والابتذال موجود فكان لها المتعه

إذا ثبت هذا فإن المتعة واجبة عندنا . وبه قال أبو حنيفه رضي الله عنه .

وقال مالك رضى الله عنه: هى مستحبه غير واجبه . دليلنا قوله تعالى «ومتعوهن» وهذا أمر ، والأمر يقتضى الوجوب . وقوله تعالى « وللمطلقات متاع بالمعروف حقاً على المتقين » و « حقاً » يدل على الوجوب

(مسألة أخرى) كل موضع قلنا تجب المتعه لا فرق بين أن يكون الزوجان حرين او مملوكين ، أو أحدهما حراً والآخر مملوكا . وخالف الأوزاعى فجعلها للحرين ـ دليلنا قوله تعالى « وللمطلقات متاع بالمعروف » الآيه . وهذا عام لا تفرقة فيه .

(فرع) إذا وقعت الفرقه بغير طلاق فى الموضع الذى تجب فيه المتعه نظرت فإن كان بالموت لم تجب المتعه ، لأن النكاح قد بلغ منتهاه ولم يلحقها بذلك ابتذال وان وقعت بغير الموت نظرت ، فإن كان بسبب من جهة أجنبى فهى كالطلاق لأنها كالطلاق فى تنصيف المهر قبل الدخول فكذلك فى المتعه ، وان كان من جهة الزوج كالإسلام قبل الدخول والردة واللعان فحكمه حكم الطلاق

قال القاضى أبو الطيب وكذلك اذا أسلم وتحته أكثر من أربع نسوة وأسلمن معه واختار أربعاً منهن وجب للباقى المتعه . وإن كانت الفرقه من جهتها كالاسلام والردة وإرضاعه أو الفسخ للإعسار بالمهر والنفقه أو فسخ أحدهما النكاح لعيب فلا متعة لها ، لأن الفرقة جاءت من جهتها ، ولهذا إذا وقع ذلك قبل الدخول سقط جميع المهر . وان كان بسبب منهما ، فان كان بالخلع ، فهو كالطلاق ، هذا نقل البغداديين

وقال المسعودى « لا متعة لها » وإن كان رده منهما فى حالة واحدة ففيه وجهان مضى بيانهما فى الصداق

(فرع) روى المزنى أن الشافعى رحمه الله قال « وأما امرأة العنين فلو شاءت أقامت معه ولها المتعة عندى » قال المزنى هذا غلط عندى ، وقياس قوله لا متعه لان الفرقة من قبلها

قال أصحابنا « اعتراض المزنى صحيح ، إلا أنه أخطأ فى النقل » وقد ذكرها الشافعى فى الأم ، وقال ليس لها المتعة ، لأنها لو شاءت أقامت معه ، وإنما أسقط المزنى (ليس)

قال المصنف رحمه الله تعالى

(فصل) والمستحب أن تكون المتعة خادماً أو مقنعة أو ثلاثين درهما ، لما روى عن ابن عباس رضى الله عنه أنه قال « يستحب أن يمتعها بخادم ، فإن لم يفعل فبثياب . وعن ابن عمر رضى الله عنه أنه قال « يمتعها بثلاثين درهما » وروى عنه قال « يمتعها بجارية »

وفى الوجوب وجهان (أحدهما) ما يقع عليه اسم المال (والثانى) وهو المذهب أنه يقدرها الحاكم لقوله تعالى « ومتعوهن على الموسع قدره وعلى المقتر قدره » وهل يعتبر بالزوج أو بالزوجة ، فيه وجهان (أحدهما) يعتبر بحال الزوج للآية (والثانى) يعتبر بحالها لأنه بدل عن المهر فاعتبر بها

(الشرح) قال الشافعى رضى الله عنه « ولا وقت فيها وأستحسن تقدير ثلاثين درهما . وجملة ذلك أن الكلام فى القدر المستحب فى المتعه وفى القدر الواجب . فأما المستحب فقد قال فى القديم « يمتعها بقدر ثلاثين درهما » وقال فى المختصر استحسن قدر ثلاثين درهما . وقال فى بعض كتبه أستحسن أن يمتعها خادما ، فإن لم يكن فمقنعة فان لم يكن فثلاثين درهما . قال بعض أصحابنا أراد المقنعه التى قيمتها أكثر من ثلاثين درهما وأقل المستحب فى المتعة ثلاثون درهما لما روى عن ابن عمر أنه قال يمتعها بثلاثين درهما . وأخرج ابن جرير وابن المنذر وابن أبى حاتم عن ابن عباس قال متعة الطلاق اعلاها الخادم ودون ذلك الورق ودون ذلك الكسوة »

وأما القدر الذى هو واجب ففيه وجهان : من أصحابنا من قال ما يقع عليه الاسم كما يجرى ذلك فى الصداق . والثانى وهو المذهب أنه لا يجرى ما يقع عليه الاسم بل ذلك الى الحاكم وتقديره باجتهاده لقوله تعالى «ومتعوهن على الموسع قدره وعلى المقتر قدره » فلو كان الواجب مايقع عليه الاسم لما خالف بينهما ويخالف الصداق فان ذلك يثبت بتراضيهما ، وهل الاعتبار بحال الزوج أو حال الزوجة ؟ فيه وجهان (أحدهما) الاعتبار بحال الزوجه ، لأن المتعة بدل عن المهر بدليل أنه لو كان هناك مهر لم تجب لها متعة والمهر معتبر بحالها فكذلك المتعه (والثانى) الاعتبار بحال الزوج لقوله تعالى « ومتعوهن على الموسع قدره وعلى المقتر قدره » فاعتبر فيه حاله دون حالها . هذا مذهبنا والله أعلم بالصواب

قال المصنف رحمه الله تعالى

باب الوليمة والنثر

الطعام الذى يدعى اليه النـاس ستة : الوليمه للعرس ، والخرس للولادة ، والاعذار للختان ، والوكيرة للبناء ، والنقيعة لقدوم المسافر ، والمأدبة لغير سبب ويستحب ماسوى الوليمة لما فيها من إظهار نعم الله والشكر عليها ؛ واكتساب الأجر والمحبة ، ولا تجب . لأن الايجاب بالشرع ولم يرد الشرع بإيجابه . وأما وليمة العرس فقد اختلف أصحابنا فيها فمنهم من قال : هى واجبة وهو المنصوص لما روى أنس رضى الله عنـه قال « تزوج عبد الرحمن بن عوف رضى الله عنـه فقال له رسـول الله (ص) : أولم ولو بشاة » ومنهم من قال : هى مستحبة لأنه طعـام لحادث سرور ؛ فلم تجب كسائر الولائم ، ويكره النثر لأن التقاطه دناءة وسخف ، ولانه يأخذه قوم دون قوم ويأخذه من غيره أحب .

(الشرح) حديث أنس رضى الله عنه رواه أحمد والبخارى ومسلم وأصحاب السنن الاربعة والدارقطنى ونصه « أن النبى (ص) رأى على عبد الرحمن بن عوف أثر صفرة فقـال ما هذا ؟ قال : تزوجت إمرأة على وزن نواة من ذهب قال : بارك الله لك أولم ولو بشاة » ولم يقل أبو داود « بارك الله لك » وقد روى أحمد والشيخان من حديث أنس قال « ما أولم النبى صلى الله عليه وسـلم على شىء من نسائه ما أولم على زينب . أولم بشاة »

وعن أنس « أن النبى صلى الله عليه وسلم أولم على صفية بتمر وسويق » اخرجه اصحاب السنن إلا النسائى ، واخرجه ابن حبان ، واخرج البخارى مرسلا عن صفية بنت شيبة « أولم النبى صلى الله عليه وسلم على بعض نسائه بمدين من شعير »

وعن أنس فى قصة صفية أن النبى صلى الله عليه وسـلم « جعل وليمتها التمر والاقط والسمن » أخرجه الشيخان ، وفى رواية عندهما ومسند أحمد « أقام بين خيبر والمدينة ثلاث ليال يبنى بصفيه فيدعون المسلمين إلى وليمته ما كان فيها خبز

ولا لحم وما كان فيهـا إلا أن أمر بالأنطاع فبسطت فألقى عليها التمر والأقط والسمن ، فقال المسلمون : إحدى أمهات المؤمنين أو ما ملكت يمينه ؟ فقالوا : إن حجبها فهى إحـدى أمهات المؤمنين وإن لم يحجبها فهى مما ملكت يمينه ، فلما ارتحل وطأ لها خلفه ومد الحجاب .

أما اللغات : فإن الوليمة مشتقة من الولم وهو الجمع ، لأن الزوجين يجتمعان هكذا قال الازهرى ، وقال ابن الاعرابى : اصلها تمام الشىء واجتماعه وتقع على كل طعام يتخذ لسرور وتستعمل فى وليمة الاعراس بلا تقييد وفى غيرها مع التقييد فيقال مثلا وليمة مأدبة هكذا قال بعض الفقهاء وحكاه فى الفتح عن الشافعى وأصحابه وحكى المصنف وابن عبد البر عن أهـل اللغة وهو المنقول عن الخليل وثعلب ، وبه جزم الجوهرى وابن الاثير أن الوليمة هى الطعام فى العرس خاصة ، قال ابن رسلان : وقول أهل اللغة أقوى ، لأنهم أهل اللسان ، وهم أعرف بموضوعات اللغة وأعرف بلسان العرب والخرس وزان قفل طعام يصنع للولادة ، والعذر والإعذار لغة فيه يقال عذرت الغـلام والجارية من باب ضرب أى ختنته وقد يكون الاعذار خاص بالطعام فى الختان وعذرة الجاريه بكارتها ، والوكيرة مأخوذة من وكر الطائر وهو عشه ووكر الطـائر يكر من باب وعد اتخذ وكراً ، ووكر صنع الوكيرة والنقيعة طعام يتخذ للقـادم من السفر ، وقد أطلقت النقيعة على ما يصنع عند الإملاك وهو التزويج . وقال ابن بطال : النقيعة مأخوذة من النقع وهو النحر يقال نقع الجزور إذا نحرها ، ونقع جيبه شقه قال المرار :

نقعن جيوبهن علىّ حياً   وأعددن المراثى والعويلا

وفى خبر تزويج خديجة بالنبى (ص) ، قال أبو خديجه وقد ذبحوا بقرة عند ذلك ، ما هذه النقيعه ، وقد جمع الشاعر هذه الاطعمه المذكورة حيث قال .

كل الطعام تشتهى ربيعه   الخرس والاعذار والنقيعه

وقال آخر :

إنا لنضرب بالسيوف رءوسهم   ضرب القـــدار نقيعة القدام

والقدار الجزار والطعام الذى يتخذ يوم سـابع الولادة يسمى العقيقه ،

ويسمى الطعام الذى يتخذ لسبب ومن غير سبب مأدبة بضم الدال ، وبفتحها التأديب ، وفى الاثر الجوع مأدبة الله فى أرضه ، إذا ثبت هذا فقد أخذ بالوجوب المالكيه نقله القرطبي عن مذهبه ثم قال ، ومشهور المذهب أنها مندوبه . وروى ابن التين الوجوب عن مذهب أحمد لكن الذى فى المغنى أنها سنه . وكذلك حكى الوجوب الروياني فى البحر عن أحد قولى الشافعى وحكاه ابن حزم عن أهل الظاهر ، وقال سليم الرازى إنه نص الام .

وحكى المصنف الوجوب عن نص الأم . وحكاه فى فتح البارى عن بعض الشافعيه ، وبهذا يظهر ثبوت الخلاف فى الوجوب ، وقد قال ابن بطال لا أعلم أحداً أوجبها وليس هذا صحيحاً ، وكذا قال ابن قدامه ، ومن جملة أدلة من أوجبها ما أخرجه الطبراني من حديث وحشى بن حرب مرفوعا « الوليمة حق وسنه فمن دعى اليها فلم يجب فقد عصى » وأخرج أحمد من حديث بريدة قال « لما خطب على فاطمه قال رسول الله صلى الله عليه وسلم إنه لا بد للعروس من وليمه » قال الحافظ وسنده لا بأس به ، وفى صحيح مسلم « شر الطعام طعام الوليمه - ثم قال - وهو حق » قال فى الفتح . وقد اختلف السلف فى وقتها هل هو عند العقد أو عقبه . أو عند الدخول أو عقبه ، وسيأتى بيان ذلك .

وحكى الشيخ أبو حامد فى التعليق فى الوليمه قولين وأكثر أصحابنا حكاهما وجهين ، أحدهما واجبه لحديث « أولم ولو بشاة » وروى أن النبي صلى الله عليه وسلم أولم على صفيه بسويق وتمر . ولأنه لما كانت الاجابه اليه واجبه كان فعلها واجباً . والثانى أنها تستحب ولا تجب لقوله صلى الله عليه وسلم « ليس فى المال حق سوى الزكاة » ولانه طعام عند حادث سرور فلم يكن واجباً كسائر الاطعمه وأما فعل النبي صلى الله عليه وسلم فمحمول على الاستحباب ، وأما ما ذكره من الاجابه فيبطل بالسلام فانه لايجب ، وإجابته واجبه . وقد حكى الصيمرى وجهاً ثالثاً أن الوليمه فرض على الكفايه ، فاذا فعلها واحد او اثنان فى الناحيه والقبيله وشاع فى الناس وظهر سقط الفرض عن الباقين ، وظاهر النص هو الاول ، وأقل المستحب فى الوليمه للمتمكن شاة لحديث « أولم ولو بشاة » فان نقص عن ذلك جاز لوليمة صفيه والسويق والتمر أقل من شاه فى العادة .

وأما كراهة النثر فقد عقد فى منتقى الأخبار له باباً دعاه (باب حجة من كره النثار والانتهاب منه) وساق حديث زيد بن خالد أنه سمع النبي صلى الله عليه وسلم ينهى عن النهبة والخلسة ، رواه أحمد وأحاديث فى معناه عن عبد الله بن يزيد الأنصارى وأنس بن مالك وعمران بن الحصين وحاصل ذلك أن النهى عن النهبى يقتضى النهى عن انتهاب النثار ، وقد أورد الجوينى والغزالى والقاضى حسين حديثاً عن جابر « أن النبي صلى الله عليه وسلم حضر فى إملاك فأتى بأطباق فيها جوز ولوز فنثرت فقبضنا أيدينا فقال : مالكم لا تأخذون ، فقالوا : إنك نهيت عن النهبى فقال : إنما نهيتكم عن نهبي العساكر خذوا على اسم الله فتجاذبناه » ولو صح هذا الحديث لكان مخصصاً لعموم النهى ولكنه لم يصح عند المحدثين حتى قال الحافظ ابن حجر : إنه لا يوجد ضعيفاً فضلا عن صحيح والجوينى وإن كان من أكابر العلماء فليس هو من علماء الحديث وكذلك الغزالى والقاضى حسين ، وإنما هم من الفقهاء الذين لا يميزون بين الموضوع وغيره كما يعرف ذلك من له أنسة بعلم السنة واطلاع على مؤلفات هؤلاء .

قلت : قد روى هذا الحديث البيهقى من معاذ بإسناد ضعيف منقطع ، ورواه الطبرانى من حديث عائشة عن معاذ وفيه بشر بن إبراهيم المفلوح ، قال ابن عدى هو عندى ممن يضع الحديث وساقه العقيلى من طريقه ثم قال : لا يثبت فى الباب شيء وأورده ابن الجوزى فى الموضوعات ، ورواه أيضاً من حديث أنس وفى إسناده خالد بن إسماعيل .

قال ابن عدى : يضع الحديث ، وقال غيره : كذاب ، وقد روى ابن أبى شيبه فى مصنفه عن الحسن والشعبى أنهما لا يريان به بأساً ، وأخرج كراهيته عن ابن مسعود وإبراهيم النخعى وعكرمه ؛ قال فى البحر : والنثار بضم النون وكسرها ما ينثر فى النكاح أو غيره وهو مباح ، إذ ماثره إلا إباحه له ، وانما يكره لمنافاته المروءة والوقار .

وقد قال الشافعى فى نثر السكر واللوز والجوز لو ترك كان أحب إلىّ لأنه يؤخذ بخبسه ونهبه ، ولا يتبين لى أنه حرام . وجملة ذلك أن نثر السكر واللوز

والجوز والزبيب والدراهم والدنانير وغير ذلك يكره ؛ وروى أن أبا مسعود الأنصارى رضى الله عنه كان إذا نثر للصبيان يمنع صبيانه عن التقاطه ، وبه قال عطاء وعكرمة وابن سيرين وابن أبى ليلى .

وقال أبو حنيفة والحسن البصرى وأبو عبيد وابن المنذر : لا يكره . وقال القاضى أبو القاسم الصيمرى : يكره التقاطه ، وأما النثر نفسه فستحب ، وقد جرت العادة للسلف به ، وروى أن النبى صلى الله عليه وسلم لما زوج عليا رضى الله عنه فاطمة عليها السلام نثر عليهما ، والأول هو المشهور ، والدليل عليه أن النثار يؤخذ نهبة ويزاحم عليه ، وربما أخذه من يكرهه صاحبه ، وفى ذلك دناءة وسقوط مروءة ، وما ذكره الصيمرى غير صحيح لأنه لا فائدة فى نثاره إذا كان يكره التقاطه ، فإن خالف ونثر فالتقط رجل فهل للذى نثره أن يسترجعه ، فيه وجهان حكاهما الداركى .

(أحدهما) أن يسترجعه لأنه لم يوجد منه لفظ يملك به .

(والثانى) ليس له أن يسترجعه ـ وهو اختيار المسعودى ـ لأنه نثر للتملك بحكم العادة . قال المسعودى لو وقع فى حجر رجل كان أحق به ، فلو التقطه آخر من حجره أو قام فسقط من حجره فهل يملكه الملتقط ، الصحيح أنه لا يملكه ، قال الشيخ أبو حامد ، وحكى أن أعرابيا تزوج فنثر على رأسه زبيباً فأنشأ يقول :

ولما رأيت السكر العام قد غلا   وأيقنت أنى لا محالة ناكح
نثرت على رأسى الزبيب اصحبتى   وقلت : كلوا كل الحلاوة صالح

قال أبو العباس بن سريج : ولا يكره للمسافرين أن يخلطوا زادهم فيأكلوا ، وإن أكل بعضهم أكثر من بعض بخلاف النثار يؤخذ بقتال وازدحام بخلاف الزاد ، قال القاضى أبو الطيب الكتب التى يكتبها الناس بعضهم إلى بعض ؛ قال أصحابنا لا يملكها المحمولة اليهم ولكن لهم الانتفاع بها بحكم العادة ، لأن العادة جرت بإباحة ذلك والله أعلم .

قال المصنف رحمه الله :

(فصل) ومن دعى إلى وليمة وجب عليه الاجابة لما روى ابن عمر (رض)

أن النبي صلى الله عليه وسلم قال « إذا دعى أحدكم إلى وليمة فليأتها » ومن أصحابنا من قال هي فرض على الكفاية ، لأن القصد إظهارها ، وذلك يحصل بحضور البعض ، وإن دعى مسلم إلى وليمة ذمى ففيه وجهان (أحدهما) تجب الاجابة للخبر (والثانى) لا تجب ، لأن الاجابة للتواصل ، واختلاف الدين يمنع التواصل وإن كانت الوليمة ثلاثة أيام أجاب في اليوم الأول والثانى وتكره الاجابة في اليوم الثالث ، لما روى أن سعيد بن المسيب رحمه الله دعى مرتين فأجاب ثم دعى الثالثة فحصب الرسول .

وعن الحسن رحمه الله أنه قال « الدعوة أول يوم حسن ، والثانى حسن ، والثالث رياء وسمعة » وإن دعاه إثنان ولم يمكنه الجمع بينهما أجاب أسبقهما لحق السبق ، فإن استويا في السبق أجاب أقربهما رحما ، فإن استويا في الرحم أجاب أقربهما داراً لأنه من أبواب البر فكان التقديم فيه على ماذكرناه كصدقة التطوع فان استويا في ذلك أقرع بينهما لأنه لا مزية لأحدهما على الآخر فقدم بالقرعة .

(الشرح) حديث ابن عمر أخرجه أحمد والبخارى ومسلم ولفظه « أن النبي صلى الله عليه وسلم قال « أجيبوا هذه الدعوة إذا دعيتم لها » وكان ابن عمر يأتى الدعوة في العرس وغير العرس ويأتيها وهو صائم » وفي رواية « إذا دعى أحدكم الى الوليمة فليأتها » ورواه أبو داود وزاد « فان كان مفطراً فليطعم ، وإن كان صائماً فليدع » وفي رواية « من دعى فلم يجب فقد عصى الله ورسوله ، ومن دخل على غير دعوة دخل سارقا وخرج مغيراً » رواه أبو داود . وفي رواية عند أحمد ومسلم وأبى داود « إذا دعا أحدكم أخاه فليجب » وفي لفظ « من دعى الى عرس أو نحوه فليجب » وفي لفظ « اذا دعى أحدكم إلى وليمة عرس فليجب » رواهما مسلم وأبو داود .

وعن أبي هريرة قال ، قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « اذا دعى أحدكم فليجب ، فان كان صائما فليصل وان كان مفطرا فليطعم » رواه أحمد ومسلم وأبو داود ، وفي لفظ « اذا دعى أحدكم الى الطعام وهو صائم فليقل إنى صائم » رواه أحمد ومسلم وأصحاب السنن الا النسائى . وقد أخرج مسلم من حديث

أبي هريرة رضى الله عنه قال . قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « شر الطعام طعام الوليمة يمنعها من يأتيها ويدعى اليها من يأباها ، ومن لم يجب الدعوة فقد عصى الله ورسوله »

أما الأحكام فهل تجب الاجابة على من دعى الى وليمة عرس ؟ فيه وجهان (أحدهما) لا يجب عليه الاجابة وبه قال مالك وأحمد ، لأن الشافعى قال « ولو أن رجلا أتى رجلا وقال : إن فلاناً اتخذ دعوة وأمرنى أن أدعو من شئت ، وقد شئت أن أدعوك لا يلزمه أن يجيب (والثانى) وهو المذهب أنه يلزمه أن يجيب لما روى أن النبي (ص) قال « من دعى الى وليمة ولم يجب فقد عصى أبا القاسم » قال العمرانى وما احتج القائل به من كلام الشافعى رحمه الله فلا حجة فيه ، لأن صاحب الطعام لم يدعه . اذا ثبت أن الاجابة واجبة فهل تجب على كل من دعى أو هى فرض على الكفاية ؟ فيه وجهان (أحدهما) أنها فرض على الكفاية ، فإذا أجابه بعض الناس سقط الفرض عن الباقين ، لأن القصد أن يعلم ذلك ويظهر وذلك يحصل بإجابة البعض (والثانى) يجب على كل من دعى لعموم قوله صلى الله عليه وسلم « من دعى فلم يجب فقد عصى أبا القاسم . وكذلك عموم سائر الأخبار وأما اذا دعى الى وليمة غير العرس فذكر ابن الصباغ أن الاجابه لا تجب عليه قولا واحدا ، لأن وليمة العرس آكد . ولهذا اختلف فى وجوبها فوجبت الاجابه اليها وغيرها لا تجب بالاجماع فلم تجب الاجابه اليها

وذكر الشيخ أبو حامد فى التعليق والمحاملى أنها كوليمة العرس فى الاجابه اليها وهو الأظهر لحديث « من دعى فلم يجب فقد عصى أبا القاسم » وهذا نقل أصحابنا البغداديين . وقال المسعودى اذا دعى الى القرى لم تجب الاجابه ، وان دعى الى حفل بأن فتح الباب لكل من يدخل فلا يلزمه ، وان خصه بالدعوة مع أهل حرفته فيلزمه ، ولو لم يجب فهل يعصى ؟ فيه وجهان

(فرع) اذا دعى الى وليمة كتابى - وقلنا تجب عليه الاجابة الى وليمة المسلم - فهل تجب عليه الاجابه الى وليمة الكتابى . فيه وجهان (أحدهما) تجب عليه الاجابه لعموم الاخبار (والثانى) لا تجب عليه الاجابه لأن النفس تعاف

من أكل طعامهم ، ولأنهم يستحلون الربا ، ولأن الاجابة إنما جعلت لتتأكد الأخوة والموالاة ، وهذا لا يوجد فى أهل الذمة

(فرع) إذا جاءه الداعى فقال : أمرنى فلان أن أدعوك فأجب لزمه الاجابة وإن قال أمرنى فلان أن أدعو من شئت أو من لقيت فاحضر لم تلزمه الاجابة . قال الشافعى رحمه الله : بل أستحب له أن يحضر إلا من عذر ، والأعذار التى يسقط معها فرض الاجابة أن يكون مريضا أو قيما بمريض أو بميت ؛ وبإطفاء حريق أو يخاف ضياع ماله أو له فى طريقه من يؤذيه ، لأن هذه الأسباب أعذار فى حضور الجماعة وفى صلاة الجمعة ، ففى هذا أولى

(فرع) وان كانت الوليمة ثلاثة أيام فدعى فى اليوم الأول وجب عليه الاجابه ، وإن كان دعا فى اليوم الثانى لم تجب عليه الاجابه ولكن يستحب له أن يجيب ، وان دعى فى اليوم الثالث لم يستحب له أن يجيب بل يكره له لما روى أن النبى (ص) قال : الوليمة فى اليوم الأول حق ، وفى الثانى معروف ، وفى اليوم الثالث رياء وسمعه . رواه أحمد وأبو داود عن قتادة عن الحسن عن عبد الله بن عثمان الثقفى عن رجل من ثقيف يقال : ان له معروفا وأثنى عليه ، ورواه الترمذى من حديث ابن مسعود وابن ماجه من حديث أبى هريرة . وروى أن سعيد بن المسيب دعى مرتين فأجاب ودعى فى اليوم الثالث فحصب الرسول .

(فرع) اذا دعاه اثنان الى وليمتين ـ فان سبق أحدهما ـ قدم إجابته ، وان لم يسبق أحدهما أجاب أقربهما اليه داراً لما روى أن النبى (ص) قال « إذا اجتمع داعيان فأجب أقربهما اليك باباً ، فان أقربهما باباً أقربهما جواراً ، فان سبق أحدهما فأجب الذى سبق » هكذا ذكر المحاملى وابن الصباغ . وذكر الشيخ أبو إسحاق أنهما إذا تساويا فى السبق أجاب أقربهما رحماً ، فان استويا فى الرحم أجاب أقربهما دارا ، وإذا ثبت الخبر فأقربهما دارا أولى ، لأنه لم يفرق بين أن يكون أقربهما رحماً أو أبعد ، فإن استويا فى ذلك أقرع بينهما لأنه لا مزية لأحدهما على الآخر

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) وان دعى إلى موضع فيه دف أجاب ، لأن الدف يجوز فى الوليمة

لما روى محمد حاطب قال . قال رسول الله (ص) « فصل ما بين الحلال والحرام الدف » فان دعى الى موضع فيه منكر من زمر أو خمر ـ فان قدر على إزالته ـ لزمه أن يحضر لوجوب الاجابة ولازالة المنكر ، وان لم يقدر على إزالته لم يحضر لما روى « أن رسول الله (ص) نهى أن يجلس على مائدة تدار فيها الخمر » وروى نافع قال « كنت أسير مع عبد الله بن عمر رضى الله عنهما فسمع زمارة راع فوضع أصبعيه فى أذنيه ، ثم عدل عن الطريق ، فلم يزل يقول يا نافع أتسمع ؟ حتى قلت لا فاخرج أصبعيه عن أذنيه ثم رجع الى الطريق ثم قال : هكذا رأيت رسول الله صلى الله عليه وسلم صنع »

وان حضر فى موضع فيه تماثيل ـ فان كانت كالشجر ـ جلس ، وان كانت على صورة حيوان ـ فان كانت على بساط يداس أو مخدة يتكأ عليها ـ جلس . وان كانت على حائط أو ستر معلق لم يجلس ، لما روى أبو هريرة رضى الله عنه قال . قال رسول الله (ص) أتانى جبريل (ص) فقال أتيتك البارحة فلم يمنعنى أن أكون دخلت الا أنه كان على الباب تماثيل ، وكان فى البيت قرام ستر فيه تماثيل ، وكان فى البيت كلب ، فمُره برأس التماثيل التى كانت فى باب البيت يقطع فتصير كهيئة الشجرة ، ومُر بالستر فليقطع منه وسادتان منبوذتان توطآن ، ومر بالكلب فليخرج ، ففعل رسول الله (ص) ذلك » ولأن ما كان كالشجر فهو كالكتابة والنقوش ، وما كان على صورة الحيوان على حائط أو ستر فهو كالصنم ، وما يوطأ فليس كالصنم لانه غير معظم

(الشرح) حديث محمد بن حاطب رواه أصحاب السنن الا أبا داود وقد حسنه الترمذى . قال ومحمد قد رأى النبى (ص) وهو صغير ، وأخرجه الحاكم .

وأما حديث النهى عن الجلوس على مائدة الخمر فقد أخرجه أبو داود من حديث ابن عمر بلفظ « نهى رسول الله (ص) عن الجلوس على مائدة يشرب عليها الخمر وأن يأكل وهو منبطح » وأخرجه النسائى والحاكم وهو من رواية جعفر بن برقان عن الزهرى ولم يسمع منه ، ومن ثم فقد أعله أبو داود والنسائى وأبو حاتم بذلك . ولكن أحمد والترمذى والحاكم رووا عن جابر مرفوعا « من كان يؤمن

بالله واليوم الآخر فلا يقعد على مائدة يدار عليها الخمر » وأخرجه أيضاً الترمذى من طريق ليث بن أبى سليم عن طاوس عن جابر . وقال الحافظ بن حجر إسناده جيد . وأخرج نحوه البزار من حديث أبى سعيد والطبرانى من حديث ابن عباس وعمران بن حصين .

وأخرج أحمد فى مسنده عن عمر قال « سمعت رسول الله (ص) يقول : من كان يؤمن بالله واليوم الآخر فلا يقعد على مائدة يدار عليها الخمر ، ومن كان يؤمن بالله واليوم الآخر فلا يدخل الحمام إلا بإزار . ومن كانت تؤمن بالله واليوم الآخر فلا تدخل الحمـــام » ورواه الترمذى بمعناه عن جابر وقال : حسن غريب . أما حديث أبى هريرة فقد أخرجه أحمد وأبو داود والترمذى وصححه والنسائى بلفظ « أتانى جبريل فقال : إنى كنت أتيتك الليلة فلم يمنعنى أن أدخل البيت الذى أنت فيه إلا أنه كان فيه تمثال رجل وكان فى البيت قرام ستر فيه تماثيل ، وكان فى البيت كلب فمر برأس التمثال الذى فى باب البيت يقطع يصير كهيئة الشجرة ، وأمر بالستر يقطع فيجعل وسادتين منتبذتين توطآن ، وأمر بالكلب يخرج ففعل رسول الله صلى الله عليه وسلم ؛ وإذا الكلب جرو ، وكان للحسن والحسين تحت نضد لهم ، ويوافق هذا الحديث ماأخرجه الشيخان وأبو داود والترمذى والنسائى عن أبى طلحة الانصارى قال ، قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : لا تدخل الملائكة بيتاً فيه كلب ولا تماثيل » وزاد أبو داود والنسائى عن على مرفوعاً « ولا جنب »

أما اللغات : فالدف لعله من دف الطائر يدف ، وبابه ضرب حرك جناحيه لطيرانه ، أى ضرب دفيه وهما جنباه ، فالدف بضم الدال وفتحها الذى يلعب به والجمع دفوف والدف عند العرب على شكل غربال خلا أنه بغير ثقوب وقطره إلى أربعة أشبار . والزمارة هى آلة الزمر ، وزمر زمراً من باب ضرب وزميراً أيضا ، ويزمر بالضم لغة حكاها أبو زيد ، ورجل زمار ، قالوا ولا يقال زامر . وامرأة زامرة ولا يقال زمارة ، والزمارة بالكسر هو صوت النعام ، وقد زمر النعام يزمر ، والقرام ككتاب ، الستر الرقيق ، وبعضهم يزيد : وفيه رقم ونقوش والتمثال تفعال من المماثلة وهى المشابهة كالصور المشبهة بالحيوان وغيرها .

أما الاحكام فإنه يجوز ضرب الدف في العرس لحديث : فصل ما بين الحلال والحرام الدف .

وأقل ما يفيده هذا الحديث هو النــدب ، ويؤيد ذلك ما في حديث المـازني عمرو بن يحيى عن جده أبي الحسن «أن النبي صلى الله عليه وسلم كان يكره نكاح السر حتى يضرب بدف ويقال: أتينا كم أتينا كم فحيانا وحيا كم» رواه ابن ماجه . قال في الفتح: في رواية شريك: فقال: فهل بعثتم جارية تضرب بالدف وتغنى . قلت ماذا ، قال تقول :

أتيناكم أتيناكم فحيــانا وحيــاكم
ولولا الذهب الاحمــر ما حلت بواديكم
ولولا الحنطة السمــراء ما سمنت عذاريكم

فاذا دعى الى وليمة فيها دف أجاب ، وان دعى الى وليمة فيها منكر من خمر أو مزامير فضــلا عن الراقصات والمغنيات وما أشبه ذلك ، فان علم بذلك قبل الحضور ، فان كان قادراً على إزالته لزمه أن يحضر لوجوب الاجابة وإزالة المنكر ، وان كان غير قادر على إزالته لم يلزمه الاجابة ولم يستحب له الحضور . بل ترك الحضور أولى ، فان حضر ولم يشارك في المنكر لم يأثم ، وان لم يعلم به حتى حضر فوجــده ، فان قدر على إزالته وجب عليه الازالة ، لأنه أمر بمعروف ونهي عن منكر . وان لم يقدر على إزالته فالأولى له أن ينصرف لحديث النهي عن أن يجلس على مائدة تدار عليها الخمر

فان لم ينصرف — فان قصد الى سماع المنكر أثم بذلك — وان لم يقصد الى استماعه بل سمعه من غير قصد لم يأثم بذلك لخبر نافع وابن عمر حتى قال : هكذا رأيت رسول الله صلى الله عليه وسلم صنع ،

فموضع الدليل أن ابن عمر لم ينكر على نافع سماعه . ولأن رجلا لو كان له جار في داره منكر ولا يقدر على ازالته فإنه لا يلزمه التحول من داره لأجل المنكر .

فإن دعى إلى موضع فيه تصاوير ـ فإن كان صور مالا روح فيها كالشمس والقمر والأشجار جلس سواء كانت معلقة أو مبسوطة ، لأن ذلك يجرى مجرى النقوش ، وإن كان صور حيوان ـ فإن كان على بساط أو مخاد توطأ أو يتكأ عليها فلا بأس أن يحضر ، لما روى أن النبي صلى الله عليه وسلم رأى ستراً معلقا فى بيت عائشة أم المؤمنين عليه صور حيوان فقال صلى الله عليه وسلم : اقطعيه مخاداً ، ولأنه يبتذل ويهان ، وإن كان على ستور معلقة فقد قال عامة أصحابنا : لا يجوز له الدخول اليها لما روى على قال : أحدثت طعاما فدعوت النبي (ص) فلما أتى الباب رجع ولم يدخل ، وقال : لا أدخل بيتاً فيه صور ، فإن الملائكة لا تدخل بيتاً فيه صور . وقيل إن أصل عبادة الأوثان كانت الصور .

قال فى البيان : وذلك أن آدم صلوات الله عليه لما مات جعل فى تابوت فكان بنوه يعظمونه ، ثم افترقوا فحصل قوم منهم فى ذروة جبل وقوم منهم فى أسفله وحصل التابوت مع أهل الذروة فلم يقدر من فى أسفله على الصعود اليهم فاشتد عليهم ذلك فصوروا مثاله من حجارة وعظموه ، فلما طال الزمان ونشأ من بعدهم رأوا آباءهم يعظمون تلك الصور فظنوا أنهم كانوا يعبدونها من دون الله فعبدوها وإذا كان هذا هو السبب وجب أن يكون محرماً .

وقال ابن الصباغ هذا عندى لا يكون أكثر من المنكر مثل الخمر والملاهى وقد جوزوا له الدخول إلى الموضع التى هى فيه ، سواء قدر على إزالتها أو لم يقدر وما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم فلا يدل على التحريم ؛ بل يدل على الكراهة ، وما روى عن الملائكة يحتمل أن يكون فى ذلك الزمان ، لان الاصنام كانت تعظم فيه والتماثيل ، وأما الزمان الذى لا يعتقد فيه شىء من ذلك فلا يجرى مجراه . اه

وقال الشافعى رضى الله عنه فى الأم : فإن كانت المنازل مُستَّرة فلا بأس أن يدخلها ، ليس فيه شىء أكرهه سوى السرف ، لما روى عن ابن عباس رضى الله عنهما أنه قال لا نستر الجدر ، ولان فى ذلك سرفاً فكره لمن فعله دون من يدخل إليه .

قال المصنف رحمه الله :

(فصل) ومن حضر الطعام - فإن كان مفطراً - ففيه وجهان (أحدهما) يلزمه أن يأكل ، لما روى أبو هريرة رضى الله عنه « أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : إذا دعى أحدكم إلى طعام فليجب ، فإن كان مفطراً فليأكل ، وإن كان صائماً فليصل » (والثانى) لا يجب لما روى جابر رضى الله عنه قال ، قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « إذا دعى أحدكم إلى طعام فليجب ، فإن شاء طعم وإن شاء ترك » وان دعى وهو صائم لم تسقط عنه الإجابة للخبر ، ولأن القصد التكثير والتبرك بحضوره ، وذلك يحصل مع الصوم ، فإن كان الصوم فرضا لم يفطر لقول النبى صلى الله عليه وسلم « وان كان صائماً فليصل » وان كان تطوعا فالمستحب أن يفطر ، لانه يدخل السرور على من دعاه ، وان لم يفطر جاز لانه قربة فلم يلزمه تركها ، والمستحب لمن فرغ من الطعام أن يدعو لصاحب الطعام . لما روى عبد الله بن الزبير رضى الله عنه قال « أفطر رسول الله صلى الله عليه وسلم عند سعد ابن معاذ رضى الله عنه ، فقال : أفطر عندكم الصائمون ، وصلت عليكم الملائكة وأكل طعامكم الابرار » .

(الشرح) حديث أبى هريرة رواه أحمد ومسلم وأبو داود بلفظ « اذا دعى أحدكم فليجب ، فإن كان صائماً فليصل ، وان كان مفطراً فليطعم » وقد مضى وحديث جابر أخرجه أحمد ومسلم وأبو داود وابن ماجه وقال فيه « وهو صائم » أما حديث افطار الرسول صلى الله عليه وسلم عند سعد بن معاذ فقد رواه ابن ماجه عن عبد الله بن الزبير رضى الله عنهم ، وروينا فى سنن أبى داود وغيره عن أنس أن النبى صلى الله عليه وسلم جاء الى سعد بن عبادة رضى الله عنه بخبز وزيت فأكل ثم قال النبى صلى الله عليه وسلم : أفطر عندكم الصائمون ، وأكل طعامكم الأبرار ، وصلت عليكم الملائكة .

قال النووى فى الأذكار : قلت : فهما قضيتان جرتا لسعد بن عباده وسعد ابن معاذ ، وروينا فى سنن أبى داود عن رجل عن جابر قال صنع أبو الهيثم بن

التيهان للنبي صلى الله عليه وسلم طعاماً فدعا النبي صلى الله عليه وسلم وأصحابه ، فلما فرغوا قال أثيبوا أخاكم ، قالوا : يا رسول الله وما إثابته قال : إن الرجل إذا دخل بيته فأكل طعامه وشرب شرابه فدعوا له فذلك إثابته .

أما اللغات فقوله : فليصل . قال ابن بطال : أى فليدع ، والصلاة هنا الدعاء لأرباب الطعام بالمغفرة والبركة ، وقوله : وصلت عليه الملائكة أى استغفرت لكم والصلاة من الله الرحمة ومن الملائكة الاستغفار ومن الناس الدعاء .

أما الأحكام : فإذا حضر المدعو إلى طعام — فلا يخلو إما أن يكون صائماً أو مفطراً — فإن كان صائماً نظرت ، فإن كان الصوم فرضا فإنه يجب عليه الإجابة ولا يجب عليه الأكل ، لقوله صلى الله عليه وسلم « فليجب فإن كان مفطراً فليأكل ، وإن كان صائما فليدع ، أو « فليصل ، والصلاة الدعاء وليقل : إنى صائم لما روى أن ابن عمر دعى إلى طعام وهو صائم فلما حضر مد يده فلما مد الناس أيديهم قال : بسم الله كلوا إنى صائم ، وإن كان صوم تطوع استحب أن يفطر لأنه مخير فيه بين الأكل والإتمام ، وفى الافطار إدخال المسرة على صاحب الوليمة فإن لم يفطر جاز لقوله صلى الله عليه وسلم « وان كان صائما فليدع ، ولم يفرق ، وان كان المدعو مفطراً فهل يلزمه الاكل ؟ فيه وجهان .

(أحدهما) يلزمه أن يأكل لما روى أبو هريرة مرفوعا « فإذا دعى أحدكم الى طعام فليجب ، فإن كان مفطراً فليأكل ، وان كان صائما فليصل ، ولان الاجابة المقصود منها الاكل فكان واجبا .

(والثانى) لا يجب عليه الاكل لما روى جابر رضى الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال « اذا دعى أحدكم الى طعام فليجب ، فان شاء فليأكل : وان شاء ترك » ولأنه لو كان واجبا لوجب عليه ترك التطوع لأنه ليس بواجب ، ولان التكثر والتبرك يحصل بحضوره وقد حضر .

(فرع فى آداب الطعام) روى عن أنس رضى الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال « بركة الطعام الوضوء قبله والوضوء بعده » يريد بذلك غسل اليد ، وروت عائشة أم المؤمنين عليها السلام أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : اذا حضر الاكل

إلى أحدكم فليذكر اسم الله ، فان نسي أن يذكر اسم الله في أوله فليقل : بسم الله في أوله وآخره ، وروى أبو جحيفة رضى الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : إذا أكل أحدكم فلا يأكل من أعلا القصعة ، وإنما يأكل من أسفلها ، فان البركة تنزل في أعلاها ، وروى ابن عمر رضى الله عنهما أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : لا يأكل أحدكم بشماله ؛ ولا يشرب بشماله ، فان الشيطان يفعل ذلك وروى أبو هريرة أن النبي (ص) ما عاب طعاما قط إن اشتهاه أكله وان كرهه تركه . وروى أنس عن النبي صلى الله عليه وسلم : إن الله ليرضى على العبد أن يأكل الأكلة أو يشرب الشربة فيحمد الله عليها . ويستحب أن يدعو لصاحب الطعام لما روى ابن الزبير أن النبي صلى الله عليه وسلم أفطر عند سعد بن معاذ فقال : أفطر عندكم الصائمون وصلت عليكم الملائكة وأكل طعامكم الأبرار . والله تعالى الموفق للصواب وهو حسبنا ونعم الوكيل .

قال المصنف رحمه الله :

باب عشرة النساء والقسم

إذا تزوج امرأة — فان كانت ممن يجامع مثلها — وجب تسليمها بالعقد اذا طلب ، ويجب عليه تسلمها اذا عرضت عليه ، فان طالب بها الزوج فسألت الإنظار أنظرت ثلاثة أيام ، لأنه قريب ولا تنظر أكثر منه لأنه كثير ، وان كانت لا يجامع مثلها لصغر أو مرض يرجى زواله لم يجب التسليم اذا طلب الزوج ولا التسلم اذا عرضت عليه ، لأنها لا تصلح للاستمتاع ، وان كانت لا يجامع مثلها لمعنى لا يرجى زواله بأن كانت نضوة الخلق أو بها مرض لا يرجى زواله ، وجب التسليم اذا طلب ، والتسلم اذا عرضت عليه ، لأن المقصود من مثلها الاستمتاع بها في غير الجماع .

(فصل) وان كانت الزوجة حرة وجب تسليمها ليلا ونهاراً لأنه لا حق لغيرها عليها ، وللزوج أن يسافر بها لان النبي صلى الله عليه وسلم كان يسافر بنسائه

ولا يجوز لها أن تسافر بغير اذن الزوج لأن الاستمتاع مستحق له ، فلا يجوز تفويته عليه ، وإن كانت أمة وجب تسليمها بالليل دون النهار ، لأنها مملوكة عقد على إحدى منفعتيها فلم يجب التسليم فى غير وقتها ، كما لو أجرها لخدمة النهار ، وقال أبو إسحاق إن كان بيدها صنعة كالغزل والنسج وجب تسليمها بالليل والنهار لأنه يمكنها العمل فى بيت الزوج ، والمذهب الأول لأنه قد يحتاج اليها فى خدمة غير الصنعة ، ويجوز للمولى بيعها لأن النبي صلى الله عليه وسلم أذن لعائشة رضى الله عنها فى شراء بريرة ، وكان لها زوج ، ويجوز له أن يسافر بها لأنه يملك بيعها فملك السفر بها كغير المزوجة .

(فصل) ويجوز للزوج أن يجبر إمرأته على الغسل من الحيض والنفاس لأن الوطء يقف عليه ، وفى غسل الجنابة قولان .

(أحدهما) له أن يجبرها عليه ، لأن كمال الاستمتاع يقف عليه لأن النفس تعاف من وطء الجنب .

(والثانى) ليس له أن يجبرها لأن الوطء لا يقف عليه ، وفى التنظيف والاستحداد ، وجهان (أحدهما) يملك إجبارها عليه لان كمال الاستمتاع يقف عليه (والثانى) لا يملك إجبارها عليه لأن الوطء لا يقف عليه ، وهل له أن يمنعها من أكل ما يتأذى برائحته ؟ فيه وجهان .

أحدهما : له منعها لأنه يمنع كمال الاستمتاع .

والثانى : ليس له منعها لأنه لا يمنع الوطء ، فإن كانت ذمية فله منعها من السكر ، لأنه يمنع الاستمتاع لأنها تصير كالزق المنفوخ ، ولانه لا يأمن أن تجنى عليه ؛ وهل له أن يمنعها من أكل لحم الخنزير ؟ وشرب القليل من الخمر ؟ فيه ثلاثة أوجه (أحدها) يجوز له منعها ، لانه يمنع كمال الاستمتاع (والثانى) ليس له منعها لأنه لا يمنع الوطء (والثالث) وهو قول أبى على بن أبى هريرة : أنه ليس له منعها من لحم الخنزير ، لانه لا يمنع الوطء وله منعها من قليل الخمر ، لان السكر يمنع الاستمتاع ، ولا يمكن التمييز بين ما يسكر وبين ما لا يسكر مع اختلاف الطباع ؛ فمنع من الجميع .

(الشرح) اللغات : القسم بفتح القاف مصدر قسمته وبابه ضرب ذذرته

أجزاء فانقسم والموضع مقسم كمسجد والفاعل قاسم والمبالغة قسّام والاسم القسم بكسر القاف والجمع أقسام مثل حمل وأحمال .

قوله « الانظار » أى التأخير . قال : أنظرنى إلى يوم يبعثون » قوله « نضوة الخلق » بكسر النون وسكون الضـاد وسكون اللام . أى هزيلة البدن ، والنضو الثوب الخلق . قوله « الاستحداد » هو حلق العانة استفعال من الحديد

أما الأحكام ، فإذا تزوج الرجل امرأة كبيرة أو صغيرة يمكن جماع مثلها بأن تكون ابنة ثمان سنين أو تسع ، وسلم مهرها وطلب تسليمها ، وجب تسليمها اليه لما روى عن عائشة رضى الله عنها قالت : تزوجنى رسول الله صلى الله عليه وسلم وأنا بنت سبع سنين وبنى بى وأنا ابنة تسع سنين

وإن طلبت المرأة أو ولى الصغيرة من الزوج الإمهال لإصلاح حال المرأة فقد قال الشافعى رحمه الله : يؤخر يوما ونحوه ولا يجاوز بها الثلاث .

وحكى الشيخ أبو حامد أن الشافعى رحمه الله فى الإملاء قال : إذا دفع مهرها أو مثلها يجامع فله أن يدخل بها ساعة دفع اليها المهر أحبوا أو كرهوا ، واختلف أصحابنا فيها ، فقال الشيخ أبو حامد : يجب على الزوج الإمهال يوما واحدا ، وما قال فى الإملاء أراد به بعد الثلاث

وقال القاضى أبو حامد : هل يجب عليه الإمهال ؟ فيه قولان (أحدهما) لا يجب عليه الامهال لأنه قد تسلم العوض فوجب تسليم المعوض كالبيع (والثانى) يجب عليه الامهال لما روى أن النبى صلى الله عليه وسلم قال « لا تطرقوا النساء ليلا » رواه أحمـد والبخارى ومسلم من حديث جابر . وعنه أيضا عندهم « كنا مع النبى صلى الله عليه وسلم فى غزوة فلما قدمنا ذهبنا لندخل فقال : امهلوا حتى ندخل ليلا أى عشاء لكى تمتشط الشعثة وتستحد المغيبة »

وعن جابر أيضا « نهى النبى صلى الله عليه وسـلم أن يطرق الرجل أهله ليلا يتخونهم أو يطلب عثراتهم» رواه مسلم . وعن أنس قال « ان النبى صلى الله عليه وسلم كان لا يطرق أهله ليلا ، وكان يأتيهم غدوة أو عشية » وقال فى المغنى للحنابلة إذا تزوج امرأة مثلها يوطأ فطلب تسليمها اليه وجب ذلك ، وإن عرضت نفسها عليه لزمه تسلمها ووجبت نفقتها . وإن طلبها فسألت الانظار أنظرت مدة جرت

العادة أن تصلح أمرها فيها كاليومين والثلاثة ، لأن ذلك يسير جرت العادة بمثله
ثم ساق حديث النهي عن الطروق ليلا ، ثم قال : فمنع من الطروق وأمر بإمهالها
لتصلح أمرها مع تقدم صحبته لها فههنا أولى . اه

قلت : ولا يجب عليه الامهال أكثر من ثلاثة أيام ، وإن كانت المنكوحة صغيرة لا يجامع مثلها أو مريضة مرضاً يرجى زواله وطالب الزوج بها لم يجب تسليمها اليه ، لأن المعقود عليه هو المنفعة ، وذلك لا يوجد في حقها ، ولأنه لا يؤمن أن يحمله فرط الشهوة على جماعها ، فيوقع ذلك جناية بها ، وان عرضت على الزوج لم يجب عليه تسليمها اذا طالب بها لما ذكرناه ، ولأنها تحتاج الى حضانة والزوج لا يجب عليه حضانة زوجته

وان كانت المرأة نضوة من أصل الخلق بأن خلقت دقيقة العظام قليلة اللحم وطلب الزوج تسليمها وجب تسليمها اليه ، فان كان يمكن جماعها من غير ضرر بها كان له ذلك ، وان كان لا يمكن جماعها الا بالاضرار بها لم يجز له جماعها ، بل يستمتع بما دون فرجها ، ولا يثبت له الخيار في فسخ النكاح ، والفرق بينها وبين القرناء والرتقاء أن تعذر الجماع في القرناء والرتقاء من جهتها . ولهذا لا يتمكن أحد من جماعها ، وههنا العذر من جهته وهو كبر خلقته . ولهذا لو كان مثلها أمكنه جماعها ، وهكذا ان كانت مريضة مرضا لا يرجى زواله فحكمه حكم نضوة الخلقة فان أفضها منع من وطئها حتى يلتئم الجرح ؛ فان اختلفا فادعى الزوج انه قد التأم الجرح التئاما لا يخاف عليها منه ، وادعت الزوجة انه لم يلتئم فالقول قولها مع يمينها لانها أعلم بذلك

(مسألة) للزوج أن يجبر زوجته على الغسل من الحيض والنفاس مسلمة كانت أو ذمية ، لأنه يمنع الاستمتاع الذي هو حق له فملك اجبارها على ازالة ما يمنع حقه ، وان احتاجت الى شراء الماء فثمنه عليه لأنه لحقه . وله اجبار المسلمة البالغة على الغسل من الجنابة لأن الصلاة واجبة عليها ، ولا تتمكن منها الا بالغسل . فأما الذمية ففيها قولان في الجنابة (احداهما) له اجبارها عليه لأن كمال الاستمتاع يتوقف عليه ، فان النفس تعاف من لا يغتسل من جنابة ، وهو

إحدى الروايتين عن أحمد (والثانى) ليس له إجبارها ، وهو قول مالك والثورى وأبى حنيفة وإحدى الروايتين عن أحمد ، لأن الوطء لا يتوقف عليه فإنه يباح بدونه ، وفى الغسل من الحيض والنفاس قال أبو حنيفة : ليس له إجبار الذمية .

(فرع) وهل له أن يجبرها على قص الاظفار وحلق العانة ؟ ينظر فيه ـ فان كان ذلك قد طال وصار قبيحا فى النظر فله أن يجبرها قولا واحداً ، لأن ذلك يمنع من الاستمتاع بها . وأما اذا صار بحيث يوجد فى العادة فهل له إجبارها على إزالته وعلى إزالة الدرن والوسخ من البدن

قال الشيخ ابو إسحاق الشيرازى هنا : وفى التنظيف والاستحداد وجهان . قال الشيخ أبو حامد الاسفرايينى وغيره فيه قولان

(أحـدهما) ليس له إجبارها عليه ، لأنه لا يمنع الاستمتاع (والثانى) له اجبارها لأنه يمنع كال الاستمتاع ، وهل له أن يمنعها من أكل ما يتأذى برائحته كالبصل والثوم . قال الشيخ ابو حامد : فيه قولان ، وحكاهما المصنف وجهين أيضا وتعليلهما ما مضى . وذهب أصحاب أحـمد كمذهب الشيخ ابى اسحاق فى اعتبارهما وجهين فى التنظيف والاستحداد وأكل البصل والثوم . وقال القاضى أبو الطيب : له أن يمنعها قولا واحدا ، لأنه يتأذى برائحته ، الا أن يميته طبخاً لأن رائحته تذهب .

(فرع) فإن كانت ذمية وأرادت أن تشرب الخمر فله ان يمنعها من السكر لانه يمنعه من الاستمتاع ، ولا يؤمن أن تجنى عليه ، وهل له ان يمنعها من القدر الذى لا تسكر منه ؟

حكى المصنف فيه وجهين وسائر اصحابنا حكاهما قولين (احدهما) ليس له ان يمنعها منه لانها مقرة عليه ، ولا يمنعه من الاستمتاع

(والثانى) له ان يمنعها منه لانه لا يتميز القدر الذى تسكر منه من القدر الذى لا تسكر منه مع اختلاف الطباع فمنعت الجميع ، ولانه يتأذى برائحته ويمنعه كال الاستمتاع .

وان كانت الزوجة مسلمة فله منعها من شرب الخمر لانه محرم عليها ، وان أرادت ان تشرب ما يسكر من النبيذ فله منعها منه لانه محرم بالإجماع .

وإن أرادت أن تشرب منه مالا يسكر ، فإن كانا شافعيين فله منعها منه لأنهما يعتقدان تحريمه ، وإن كانا حنفيين أو هي حنفية فهل له منعها منه . فيه قولان . وهل له أن يمنع الذمية من أكل لحم الخنزير؟ قال الشيخ ابو حامد فيه قولان كشرب القليل من الخمر ، وحكاهما المصنف وجهين وتعليلهما ما مضى . قال ابن الصباغ وظاهر كلام الشافعي رحمه الله إن كان يتقذره وتعافه نفسه فله منعها منه ، وإن لم تعافه نفسه لم يكن له منعها منه

إذا ثبت هـذا فإن شربت الخمر أو أكلت لحم الخنزير أو شربت الحنفية النبيذ فله أن يجبرها على غسل فيها لأنه نجس ، وإذا قبلها نجس فوه . ومذهب أحمـد على نحو ما ذهبنا في هذه المسألة وما تفرع منها وما فيها من أوجه كقول الشيخ أبي إسحاق الشيرازي

(فرع) وليس له أن يمنع زوجته من لبس الحرير والديباج والحلي ، لأن ذلك مباح لها ، وله أن يمنعها من لبس جلد الميتة الذي لم يدبغ ، فإنه نجس وربما نجس اذا التصق به ، وله أن يمنعها من لبس المنجس لأنه يمنع القرب اليها والاستمتاع بها والله أعلم .

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) وللزوج منع الزوجة من الخروج إلى المساجد وغيرها . لما روى ابن عمر رضي الله عنه قال « رأيت امرأة أتت إلى النبي صلى الله عليه وسلم وقالت يا رسول الله ما حق الزوج على زوجته . قال حقه عليها أن لا تخرج من بيتها إلا بإذنه ، فإن فعلت لعنها الله ، وملائكة الرحمة ، وملائكة الغضب ، حتى تتوب أو ترجع ، قالت يارسول وان كان لها ظالما ، قال وان كان لها ظالما ، ولأن حق الزوج واجب ، فلا يجوز تركه بما ليس بواجب ، ويكره منعها من عيادة أبيها اذا أثقل ، وحضـور مواراته إذا مات ، لأن منعها من ذلك يودي إلى النفور ويغريها بالعقوق .

(فصـل) ويجب على الزوج معاشرتها بالمعروف من كف الاذى لقوله

تعالى « وعاشروهن بالمعروف » ويجب عليه بذل ما يجب من حقها من غير مطل لقوله عز وجل « وعاشروهن بالمعروف » ومن العشرة بالمعروف بذل الحق من غير مطل ، ولقوله صلى الله عليه وسلم « مطل الغنى ظلم » ولا يجب عليه الاستمتاع لأنه حق له فجاز له تركه كسكنى الدار المستأجرة ، ولأن الداعي الى الاستمتاع الشهوة والمحبة فلا يمكن ايجابه .

والمستحب أن لا يعطلها لما روى عبد الله بن عمرو بن العاص رضي الله عنه قال قال لى رسول الله صلى الله عليه وسلم « أتصوم النهار ، قلت نعم ، قال وتقوم الليل ، قلت نعم ، قال لكنى أصوم وأفطر ، وأصلى وأنام ، وأمس النساء ، فمن رغب عن سنتى فليس منى » ولأنه اذا عطلها لم يأمن الفساد ووقوع الشقاق ، ولا يجمع بين امرأتين فى مسكن الا برضاهما ، لأن ذلك ليس من العشرة بالمعروف ، ولأنه يؤدى الى الخصومة ولا يطأ احداهما بحضرة الاخرى ، لأنه دناءة وسوء عشرة ، ولا يستمتع بها الا بالمعروف ، فإن كانت نضو الخلق ولم تحتمل الوطء لم يجز وطؤها لما فيه من الاضرار

* * *

(الشرح) حديث عبد الله بن عمر رواه أبو داود الطيالسى باللفظ الذى ساقه المصنف ، ورواه البزار عن ابن عباس ، وفيه حسين بن قيس المعروف بحنش وهو ضعيف .

وقد وثقه حصين بن نمير وبقية رجاله ثقات « ان امرأة من خثعم أتت رسول الله صلى الله عليه وسلم فقالت : يا رسول الله أخبرنى ما حق الزوج على الزوجة ، فانى امرأة أيم ، فان استطعت والا جلست أيماً . قال فان حق الزوج على زوجته ان سألها نفسها وهى على ظهر قتب ان لا تمنعه ، وان لا تصوم تطوعا الا باذنه ، فان فعلت جاعت وعطشت ولا تقبل منها ، ولا تخرج من بيتها الا باذنه ، فان فعلت لعنتها ملائكة السماء وملائكة الرحمة وملائكة العذاب قالت لا جرم ، لا أتزوج أبداً »

وقد أورده العلامة صديق خان فى كتابه حسن الأسوة معزوا للطبرانى وصوابه ما ذكرنا . والذى فى الطبرانى فأحاديث أخرى ليست عن ابن عباس وليس فيها قصة المرأة الخثعمية .

أما حديث « مطل الغنى ظلم » فقد أخرجه أصحاب السنن إلا الترمذى ورواه البيهقى كلهم عن عمرو بن الشريد عن أبيه عن النبى صلى الله عليه وسلم بلفظ « لىّ الواجد ظلم يحل عرضه وعقوبته » وقد مضى الكلام عليه فى القرض والحجر والتفليس وغيرها من المجموع وتكملتيه .

أما حديث عبد الله بن عمرو فقد أخرجه أحمد فى مسنده بلفظ « زوجنى أبى إمرأة من قريش فلما دخلت على جعلت لا أنحاش لها مما بى من القوة على العبادة من الصوم والصلاة فجاء عمرو بن العاص إلى كنته حتى دخل عليها ، فقال لها : كيف وجدت بعلك ، قالت : كخير الرجال ، أو كخير البعولة من رجل لم يفتش لنا كنفاً ولم يعرف لنا فراشاً ، فأقبل علىّ فعزمنى وعضنى بلسانه فقال : أن تخطب إمرأة من قريش ذات حسب فعضلتها وفعلت وفعلت ثم انطلق الى النبى فشكانى فأرسل الى النبى فأتيته قال لى : أتصوم النهار ، قلت نعم . قال وتقوم الليل قلت : نعم ؛ قال لكنى أصوم وأفطر ، وأصلى وأنام ، وأمس النساء ، فمن رغب عن سنتى فليس منى » .

أما الأحكام فقد قال الشافعى رضى الله عنه : وله منعها من شهادة جنازة أبيها وأمها وولدها . وجملة ذلك أن للزوج أن يمنع زوجته من ذلك وقد أخذ أصحابنا من نصه هذا أن له ان يمنعها من عيادة ابيها وامها إذا مرضا ومن حضور مواراتهما إذا ماتا ، وقد استدلوا على ذلك بحديث انس « ان إمرأة سافر زوجها ونهى امرأته عن الخروج وكان ابوها مقيم فى اسفل البيت وهى فى اعلاه فمرض ابوها فاستأذنت النبى صلى الله عليه وسلم فى عيادته فقال لها اتق الله ولا تخالفى زوجك فمات ابوها فأوحى الله إلى النبى صلى الله عليه وسلم ان الله قد غفر لأبيها بطاعتها لزوجها » ولما كان هذا الحديث لم يصح عندنا حيث رواه الطبرانى فى الأوسط وآفته محمد عقيل الخزاعى هذا من جهة الإسناد ومتنه يعارض اموراً مجمعا عليها فإن اباها له حقوق عليها لا تحصى ، اقربها واظهرها .

١ ـ حق الأبوة لقوله تعالى « وبالوالدين إحسانا ، قارنا ذلك بعبادته .

٢ ـ حق الإسلام لقوله صلى الله عليه وسلم « حق المسلم على المسلم خمس » ومنها « وإذا مرض فعده » .

٣ ـ حق الرحم : يقول الله تعالى « اشتققت لك اسماً من اسمى فمن وصلك وصلته ومن قطعك قطعته » .

٤ ـ حق الآدمية او حق الإنسانية « من لا يرحم الناس لا يرحم » .

٥ ـ حق المشاركة فى اسباب الحياة « دخلت إمرأة النار فى هرة ، ودخلت إمرأة الجنة فى هرة » .

٦ ـ حق الجوار « ما زال جبريل يوصينى بالجار حتى ظننت انه سيورثه »

إذا ثبت هذا فإنه يكره للزوج ان ينهى زوجته عن عيادة ابيها او بره او إبداء حنوها ومودتها لأبويها .

(مسألة) يجب على كل واحد من الزوجين معاشرة الآخر بالمعروف لقوله تعالى « قد علمنا ما فرضنا عليهم فى ازواجهم » ولقوله تعالى « الرجال قوامون على النساء » يعنى بالانفاق عليهن وكسوتهن ، ولقوله تعالى « ولهن مثل الذى عليهن » والمقابلة ههنا بالتأدية لا فى نفس الحق لأن حق الزوجه النفقة والكسوة وما اشبه ذلك ، وحق الزوج التمكين من الاستمتاع ، وقال تعالى « وعاشروهن بالمعروف » وقال الشافعى وجماع المعروف بين الزوجين كف المكروه ، وإعفاء صاحب الحق من المؤنة فى طلبه لا بإظهار الكراهية فى تأديته ، فأيهما مطل بتأخيره فمطل الواجد القادر على الأداء ظلم بتأخيره .

قال اصحابنا : فكف المكروه هو ان لا يؤذى احدهما الاخر بقول او فعل ، ولا يأكل احدهما ولا يشرب ولا يلبس ما يؤذى الاخر . وقوله اعفاء صاحب الحق من المؤنة فى طلبه ، إذا وجب لها على الزوج نفقة او كسوة بذله لها ولا يحوجها إلى ان ترفعه الى الحاكم فيلزمها فى ذلك مؤنة لقوله (ص) «لىّ الواجد ظلم» وكذلك اذا دعاها الى الاستمتاع لم تمتنع ولم تحوجه الى ان يرفع ذلك الى الحاكم فيلزمه فى ذلك مؤنة ، لما روى ابو هريرة رضى الله عنه ان النبى صلى الله عليه وسلم قال : اذا دعا احدكم امرأته الى فراشه فأبت عليه فبات وهو عليها ساخط

لعنتها الملائكة حتى تصبح ، رواه أحمد والبخاري ومسلم . وقوله : لا باظهاره الكراهية فى تأديته ، إذا طلبت الزوجه حقها منه أو طلب الزوج حقه منها بذل كل واحد منهما ماوجب لصاحبه وهو باش الوجه ضاحك السن لما روى أبو هريرة رضى الله عنه أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : أكمل المؤمنين إيمانا أحسنهم خلقاً وخياركم خياركم لنسائهم ، رواه أحمد والترمذى وصححه .

وقال صلى الله عليه وسلم : لو كنت آمراً أحداً أن يسجد لأحد لأمرت المرأة أن تسجد لزوجها . رواه الترمذى ، وقال : حديث حسن ، وهو بعض حديث عند أحمد عن أنس ، وبعض حديث طويل من قدوم معاوية من الشام وسجوده للنبى (ص) رواه أحمد وابن ماجه عن عبد الله بن أبى أوفى .

(فرع) ولا يجب على الزوج الاستمتاع بها . وحكى الصيمرى أن مالكا رضى الله عنه قال : إذا ترك جماع زوجته المدة الطويلة أمر بالوطء ، فإن أبى فلها فسخ النكاح ، وقال آخرون : يجبر على أن يطأ فى كل أربع ليال ليلة .

قال العمرانى فى البيان : وهذا غير صحيح لأنه حق له فجاز له تركه ، ولأن الداعى اليه الشهوة وذلك ليس اليه ، والمستحب له أن لا يخليها من الجماع لقوله صلى الله عليه وسلم : لكنى أصوم وأفطر ، وأصلى وأنام ، وأمس النساء ، فمن رغب عن سنتى فليس منى ؛ ولأنه إذا لم يجامعها لم يأمن منها الفساد ، وربما كان سببا للعداوة والشقاق بينهما ، وإن كان له زوجات لم يجمع بينهن فى مسكن إلا برضاها أو برضى كل واحدة منهن على حدة ، لأن ذلك يؤدى إلى خصومتهن ، ولا يطأ واحدة بحضرة الاخرى لان ذلك قلة أدب وسوء عشرة .

(فرع) قال الشافعى رضى الله عنه فى القديم : وإذا تزوج رجل إمرأة فأحب له أول ما يراها أن يأخذ بناصيتها ويدعو باليمن والبركة فيقول : بارك الله لكل واحد منا فى صاحبه ، لأن هذا بدء الوصلة بينهما ؛ فاستحب له أن يدعو بالبركة ، والأمر كما قال الشافعى رضى الله عنه إذ روى أبو داود وابن ماجه وابن السنى وغيرهم عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده عن النبى صلى الله عليه وسلم قال « إذا تزوج أحدكم إمرأة أو اشترى خادما فليقل : اللهم إنى أسألك

خيرها وخـير ماجبلتها عليه ، وأعوذ بك من شرها وشر ما جبلتها عليه ، وإذا اشترى بعيراً فليأخـذ بذروة سنامه وليقل مثل ذلك » وفى رواية « ثم ليأخذ بناصيتها وليدع بالبركة فى المرأة والخادم » ويستحب إذا أراد ان يجامعها ان يقول بسم الله اللهم جنبنا الشيطان وجنب الشيطان ما رزقتنا لما روى البخارى ومسلم عن ابن عباس رضى الله عنهما من طرق كثيرة عن النبى (ص) قال « لو ان احدكم اذا اتى اهله قال . بسم الله اللهم جنبنا الشيطان وجنب الشيطان مارزقتنا ، فقضى بينهما ولد لم يضره » وفى رواية للبخارى « لم يضره الشيطان ابداً » .

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) ولا يجوز وطؤها فى الدبر . لما روى خزيمة بن ثابت رضى الله عنه قال « قال رسول الله صلى الله عليه وسـلم : ملعون من اتى امرأة فى دبرها » ويجوز الاستمتاع بها فيما بين الاليتين لقوله تعالى « والذين هم لفروجهم حافظون الا على ازواجهم او ما ملكت ايمانهم ، فإنهم غـير ملومين » ويجوز وطؤها فى الفرج مدبرة ، لما روى جابر رضى الله عنه قال « قالت اليهود : اذا جامع الرجل امرأته من ورائها جاء ولدها احول ، فأنزل الله تعالى « نساؤكم حرث لكم فأتوا حرثكم انى شئتم » قال : يقول يأتيها من حيث شاء مقبلة او مدبرة اذا كان ذلك فى الفرج » .

(الشرح) حديث خزيمة بن ثابت اخرجه احمد وابن ماجه واخرجه الشافعى بنحوه وفى اسناده عمر بن احيحة وهو مجهول واختلف فى اسناده اختلافا كثيراً ورواه النسـائى من طريق اخرى وفيها هرمى بن عبد الله ولا يعرف حاله ، واخرجه من طريق هرمى أيضاً احمد وابن حبـان ، وقد روى النهى عن اتيان المرأة فى دبرها عن ابى هريرة عند احمد وابى داود وبقية اصحاب السنن والبزار وفى اسناده الحارث بن مخلد ، قال البزار ليس بمشهور .

وقال ابن القطان : لا يعرف حاله ، وقد اختلف فيه على سهيل بن ابى صالح فرواه عنه اسماعيل بن عياش عن محمد بن المنكدر عن جابر كما اخرجه الدارقطنى

ورواه عمر مولى عفرة عن سهيل عن ابيه عن جابر كما اخرجه ابن عـدى باسناد ضعيف .

قال الحافظ في بلوغ المرام : ان رجال حـديث أبي هريرة هذا ثقات لكن أعل بالارسال . وفي لفظ رواه أحمـد وابن ماجه « لا ينظر الله الى رجل جامع امرأته في دبرها » .

وروى أحمد والترمذى عن أبي هريرة « أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال « من أتى حائضاً أو امرأة في دبرها أو كاهناً فصدقه فقد كفر بما أنزل على محمد صلى الله عليه وسلم » ورواه أبو داود وقال « فقد برىء مما أنزل » وهو من رواية أبي تميمة عن أبي هريرة ، قال الترمذى : لا نعرفه الا من حديث أبي تميمة عن أبي هريرة . وقال البخارى : لا يعرف لأبي تميمة سماع عن أبي هريرة . وقال البزار : هذا حديث منكر ، وفي الاسناد أيضاً حكيم الاثرم ، قال البزار لا يحتج به ، وما تفرد به فليس بشيء ، ولابي هريرة حديث ثالث عند النسائي من رواية الزهرى عن أبي سلمة عن أبي هريرة ، وفي اسناده عبد الملك بن محمد الصنعاني وقد تكلم فيه دحيم وأبو حاتم وغيرهما ، ولابي هريرة أيضا حديث رابع اخرجه النسائي من طريق بكر بن خنيس عن ليث عن مجاهد عن ابي هريرة بلفظ « من اتى شيئا من الرجال والنساء في الأدبار فقد كفر » وفي اسناده بكر وليث بن أبي سليم ، ولابي هريرة حديث خامس وفي اسناده مسلم بن خالد الزنجى . واخرج احمد عن علي كرم الله وجهه ان النبي صلى الله عليه وسلم قال « لا تأتوا النساء في اعجازهن او قال في ادبارهن » .

قال الحافظ الهيثمي في مجمع الزوائد : ورجاله ثقات ، واخرج احمد عن عمرو ابن شعيب عن ابيه عن جده « ان النبي صلى الله عليه وسلم قال في الذى يأتي امرأته في دبرها ، هي اللوطية الصغرى » .

وعن علي بن طلق قال « سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول لا تأتوا النساء في استاهن فان الله لا يستحي من الحق » رواه احمد والترمذى وحسنه ، ثم قال : سمعت محمداً يقول : لا اعرف لعلي بن طلق عن النبي صلى الله عليه وسلم

غير هذا الحديث الواحد ، ولا أعرف هذا الحديث الواحد من حديث طلق بن علي السحيمي ، وكأنه رأى أن هذا الآخر من أصحاب النبي صلى الله عليه وسلم اه

وعن ابن عباس قال ، قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « لا ينظر الله إلى رجل أتى رجلا أو امرأة فى الدبر » رواه الترمذي وقال : حديث غريب ، والنسائى وابن حبان والبزار ، وقال لا نعلمه يروى عن ابن عباس بإسناد حسن وكذا قال ابن عدي ورواه النسائى عن هناد عن وكيع عن الضحاك موقوفا وهو أصح من المرفوع ، ولابن عباس رواية موقوفة عند عبد الرزاق أن رجلا سأل ابن عباس عن إتيان المرأة فى دبرها فقال سألتنى عن الكفر . وعن ابن مسعود عند ابن عدي . وعن عقبة بن عامر عند احمد وفيه ابن لهيعة . وعن ابن عمر عند النسائى والبزار وفيه زمعة بن صالح

أما حديث جابر رضى الله عنه فقد رواه أحمد والبخاري ومسلم وأصحاب السنن إلا النسائى . وعن أم سلمة عن النبي صلى الله عليه وسلم فى قوله تعالى « نساؤكم حرث لكم فأتوا حرثكم أنى شئتم » يعنى صماما واحداً . رواه احمد والترمذي وحسنه . وعنها أيضا قالت « لما قدم المهاجرون على الأنصار تزوجوا من نسائهم وكان المهاجرون يجبون وكانت الأنصار لاتجبي، فأراد رجل امرأته من المهاجرين على ذلك فأبت عليه حتى تسأل النبي صلى الله عليه وسلم قال فأتته ، فاستحيت أن تسأله ، فسألته أم سلمة فنزلت «نساؤكم حرث لكم فأتوا حرثكم أنى شئتم» وقال لا « إلا فى صمام واحد » رواه أحمد

ومن رواية ابن عباس عند ابى داود وفيه « إنما كان هذا الحى من الأنصار وهم أهل وثن مع هذا الحى من يهود ، وهم أهل كتاب ، وكانوا يرون لهم فضلا عليهم من العلم ، وكانوا يقتدون بكثير من فعلهم ؛ وكان من أمر أهل الكتاب لا يأتون النساء إلا على حرف ؛ فكان هذا الحى من الأنصار قد أخذوا بذلك من فعلهم ؛ وكان هذا الحى من قريش يشرخون النساء شرخا منكراً ويتلذذون منهن مقبلات ومدبرات ومستلقيات ، فلما قدم المهاجرون المدينة تزوج رجل امرأة من الأنصار فذهب يصنع بها ذلك فأنكرته عليه وقالت: إنما كنا نؤتى على حرف فاصنع ذلك وإلا فاجتنبنى ، فسرى أمرهما حتى بلغ رسول الله صلى الله عليه وسلم

فأنزل الله عز وجل « نساؤكم حرث لكم فأتوا حرثكم أنى شئتم » يعنى مقبلات ومدبرات ومستلقيات : يعنى بذلك موضع الولد .

وروى أحمد والترمذى وقال حسن غريب عن ابن عباس قال « جاء عمر الى النبى (ص) فقال : يا رسول الله هلكت ، قال وما الذى أهلكك ؟ قال حولت رحلى البارحة ، فلم يرد عليه بشىء : قال فأوحى الله الى رسوله هـذه الآية « نساؤكم حرث لكم فأتوا حرثكم أنى شئتم » أقبل وأدبر ، واتقوا الدبر والحيضة

أما الأحكام فقد استدل الجمهور بهذه الأحاديث التى تقرب من درجة التواتر على تحريم إتيان المرأة فى دبرها .

وحكى ابن عبد الحكم عن الشافعى أنه قال لم يصح عن رسول الله صلى الله عليه وسلم فى تحريمه ولا تحليله شىء والقياس أنه حلال . وقد أخرجه عنه ابن أبى حاتم فى مناقب الشافعى ، وأخرجه الحاكم فى مناقب الشافعى عن الأصم عنه ، وكذلك الطحاوى عن ابن عبد الحكم عن الشافعى ، وروى الحاكم عن محمد بن عبد الله بن عبد الحكم عن الشافعى أنه قال : سألنى محمد بن الحسن فقلت له إن كنت تريد المكابرة وتصحيح الروايات وإن لم تصح فأنت أعلم ؛ وان تكلمت بالمناصفة كلمتك على المناصفة ، قال على المناصفة ، قلت فبأى شىء حرمته قال بقول الله تعالى « فأتوهن من حيث أمركم الله » وقال « فأتوا حرثكم أنى شئتم » والحرث لا يكون إلا فى الفرج . قلت أفيكون ذلك محرماً لما سواه ، قال نعم . قلت فما تكون لو وطئها بين ساقيها أو فى أعكانها أو تحت إبطيها أو أخذت ذكره بيدها أو فى ذلك حرث ، قال لا . قلت فيحرم ذلك قال لا قلت فلم تحتج بما لا حجة فيه ، قال فإن الله قال « والذين هم لفروجهم حافظون » الآيه . قال فقلت له هذا مما يحتجون به للجواز ان الله أثنى على من حفظ فرجه من غير زوجته او ما ملكت يمينه ، فقلت له انت تتحفظ من زوجتك وما ملكت يمينك . اهـ

وقال الحاكم بعد ان حكى عن الشافعى ما سلف ، لعل الشافعى كان يقول ذلك فى القديم ، فأما الجديد فالمشهور انه حرمه

وقد حمل الماوردى فى الحاوى وابو نصر بن الصباغ فى الشامل على ابن عبد الحكم الذى روى هذا عن الشافعى . ورويا هما وغيرهما من اصحابنا عن الربيع

ابن سليمان أنه قال : كذب والله — يعنى ابن عبد الحكم — فقد نص الشافعى على تحريمه فى ستة كتب . وتعقب الحافظ بن حجر فى التلخيص هذا فقال : لا معنى لهذا التكذيب ، فإن ابن عبد الحكم لم يتفرد بذلك ، بل قد تابعه عليه عبد الرحمن ابن عبد الله أخوه عن الشافعى ، ثم قال إنه لا خلاف فى ثقة ابن عبد الحكم وأمانته وقد روى الجواز أيضا عن مالك

قال القاضى أبو الطيب فى تعليقه أنه روى عنه ذلك أهل مصر وأهل المغرب ورواه عنه ابن رشد فى كتاب البيان والتحصيل ، وأصحاب مالك العراقيون لم يثبتوا هذه الرواية ، وقد رجع متأخرو أصحابه عن ذلك وأفتوا بتحريمه . وقد نقل ابن قدامة رواية عن مالك . قوله ما أدركت أحداً أقتدى به فى دينى يشك فى أنه حلال . ثم أنكر ذلك أصحابه العراقيون

قلت : إذا كان الله تبارك وتعالى قد حرم الوطء فى الفرج عند الحيض لأجل الأذى فكيف بالحش الذى هو موضع أذى دائم ونجس لازم ، مع زيادة المفسدة بانقطاع النسل الذى هو المقصد الأسمى من مشروعية الزواج فضلا عن خساسة هذا العمل ودناءته مما يفضى إلى التلذذ بما كان يتلذذ به قوم لوط ، وما يعد شذوذاً فى الشهوة يتنزه عنها المؤمنون الأطهار وأبناء الملة الأخيار وكفى بهذا العمل انحطاطا أن أحداً لا يرضى أن ينسب هذا القول الى إمامه ، كما يقول ابن القيم ، وقد ذكر لذلك مفاسد دينية ودنيوية كثيرة فى هديه . وقد روى التحريم عن على وابن مسعود وابن عباس وأبى الدرداء وعبد الله بن عمرو وأبى هريرة وابن المسيب وأبى بكر بن عبد الرحمن ومجاهد وقتادة وعكرمة والشافعى وأصحاب الرأى وابن المنذر وأحمد بن حنبل وأصحابه كافة ، وأبى ثور والحسن البصرى . وقال العمرانى عن الربيع « كذب ابن عبد الحكم والذى لا إله إلا هو »

قال المزنى ، قال الشافعى ذهب بعض أصحابنا الى احلاله وآخرون الى تحريمه ولا أرخص فيه بل أنهى عنه . وحكى أن مالكا سئل عن ذلك فقال « الآن اغتسلت منه »

(فرع) يجوز التلذذ بما بين الاليتين من غير إيلاج فى الدبر لما فيه من الأذى

ويجوز الوطء فى الفرج مقبلة ومدبرة لما روى جابر أن اليهود قالت : إذا جامع الرجل امرأته من ورائها جاء ولدها أحول ، فأنزل الله تعالى « نساؤكم حرث لكم فأتوا حرثكم أنى شئتم » أفاده العمرانى فى البيان وسائر الأصحاب

(فرع) يحرم الاستمناء ، وهو إخراج الماء الدافق بيده ، وبه قال أكثر أهل العلم ، وقال ابن عباس: نكاح الأمة خير منه وهو خير من الزنا ، وروى أن عمرو ابن دينار رخص فيه عند الاضطرار وخوف الهلكة ، وبه قال أحمد رضى الله عنه . دليلنا قوله تعالى « والذين هم لفروجهم حافظون إلا على أزواجهم أو ما ملكت أيمانهم فإنهم غير ملومين ، فمن ابتغى وراء ذلك فأولئك هم العادون » وقد قرر علماء وظائف الأعضاء والطب البشرى أن الاستمناء مفض الى قتل الرغبة الجنسية ، ويجعل المرء لا ينتشر عند الوقاع إلا إذا استمنى بيده مما يعطل وظيفته كزوج ؛ ويقتل صلاحية عضوه أو يقلل كفاءته الزوجية ، وكل هذا من المفاسد المنهى عنها .

قال المصنف رحمه الله تعالى

{ فصــــل } ويكره العزل . لما روت جذامة بنت وهب قالت « حضرت رسول الله صلى الله عليه وسلم فسألوه عن العزل . فقال: ذلك الوأد الخفى « وإذا الموءودة سئلت » فإن كان ذلك فى وطء أمته لم يحرم ، لأن الاستمتاع بها حق له لا حق لها فيه ، وإن كان فى وطء زوجته فإن كانت مملوكة لم يحرم لأنه يلحقه العار باسترقاق ولده منها . وإن كانت حرة فإن كان بإذنها جاز لأن الحق لهما ، وإن لم تأذن ففيه وجهان

(أحدهما) لا يحرم لأن حقها فى الاستمتاع دون الانزال

(والثانى) يحرم لأنه يقطع النسل من غير ضرر يلحقه

{ فصـل } وتجب على المرأة معاشرة الزوج بالمعروف من كف الأذى كما يجب عليه فى معاشرتها ، ويجب عليها بذل ما يجب له من غير مطل لما روى

أبو هريرة رضى الله عنه قال ، قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « اذا دعا أحدكم امرأته الى فراشه فأبت فبات وهو عليها ساخط لعنتها الملائكة حتى تصبح »

* * *

(الشرح) حديث جذامة بنت وهب الأسدية أخرجه أحمد ومسلم بلفظ « حضرت رسول الله صلى الله عليه وسلم فى أناس وهو يقول لقد هممت أن أنهى عن الغيلة فنظرت فى الروم وفارس ، فاذا هم يغيلون أولادهم فلا يضر أولادهم شيئا ، ثم سألوه عن العزل فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم ذلك الوأد الخفى وهى واذا الموءودة سئلت »

أما الأحكام فقد اختلف السلف فى حكم العزل : فقال ابن عبد البر لا خلاف بين العلماء أنه لا يعزل عن الزوجة الحرة الا بإذنها ، لأن الجماع من حقها ، ولها المطالبة به ، وليس الجماع المعروف الا ما لا يلحقه عزل . قال الحافظ بن حجر ووافقه فى نقل هذا الإجماع ابن هبيرة وتعقب بأن المعروف عند الشافعية أنه لا حق للمرأة فى الجماع فيجوز على مقتضى أصلهم العزل بغير إذنها . قلت ولكنه وقع فى كتب أكثر أصحابنا أنه لا يجوز العزل عن الحرة إلا بإذنها ، ويدل على اعتبار الإذن والرضى من الحرة حديث عمر رضى الله عنه قال « نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يعزل عن الحرة الا بإذنها » رواه أحمد وابن ماجه . وقال الغزالى يجوز العزل : وهو المصحح عند المتأخرين

وقد أخرج أحمد عن جابر رضى الله عنه « كنا نعزل على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم والقرآن ينزل »

قال سفيان حين روى هذا الحديث « ولو كان شيئا ينهى عنه لنهانا عنه القرآن » كأنه يشرح عبارة جابر

وأوهم كلام الحافظ المقدسى فى عمدته ومن تبعه أن الزيادة التى قالها سفيان من نفس الحديث فأدرجها .

وإذا قال الصحابي : كنا نفعل الشيء الفلاني كان له حكم الرفع عند أكثر المحدثين لأن الظاهر اطلاع النبي صلى الله عليه وسلم وإقراره ، وأما إذا لم يضفه إلى زمن النبي صلى الله عليه وسلم ففيه خلاف في رفعه ؛ ويشبه ذلك ما أخرجه البخاري عن ابن عمر : كنا نتقي الكلام والانبساط إلى نسائنا هيبة أن ينزل فينا شيء على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم ، فلما مات النبي صلى الله عليه وسلم تكلمنا وانبسطنا .

وأخرج مسلم من طريق أبي الزبير عن جابر قال « كنا نعزل في عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم فبلغ ذلك نبي الله فلم ينهنا » ومن وجه آخر عن أبي الزبير عن جابر أن رجلا أتى رسول الله (ص) فقال « إن لي جارية وأنا أطوف عليها وأنا أكره أن تحمل فقال : اعزل عنها إن شئت فإنه سيأتيها ما قدر لها ، فلبث الرجل ثم أتاه فقال : إن الجارية قد حبلت ، قال : قد أخبرتك » ووقعت هذه القصة عنده من طريق سفيان بن عيينة بإسناد آخر إلى جابر وفي آخره فقال « أنا عبد الله ورسوله » وأخرجه أحمد وابن ماجه وابن أبي شيبة بسند آخر على شرط الشيخين بمعناه .

وفي الصحيحين وغيرهما من حديث أبي سعيد الخدري رضي الله عنه « غزونا مع رسول الله صلى الله عليه وسلم غزوة بني المصطلق فسبينا كرائم العرب فطالت علينا العزبة ورغبنا في الفداء ، فأردنا أن نستمتع ونعزل فقلنا : نفعل ورسول الله صلى الله عليه وسلم بين أظهرنا لا نسأله ، فسألنا رسول الله (ص) فقال : لا عليكم أن لا تفعلوا ، ما كتب الله عز وجل خلق نسمة هي كائنة إلى يوم القيامة ، إلا ستكون » ومن ثم تكون جملة ماتقدم أن العزل برضى الحرة جائز عند أبي حنيفة ومالك وأحمد وعند ابن حزم يحرم العزل ، وعند الشافعية وجهان ، أحدهما المنع وإليه ذهب الروياني في بحر المذهب ، وكرهه العمراني في البيان .

قال في الفتح : نعم جزم ابن حزم بوجوب الوطء وبتحريم العزل ، واستند إلى حديث جدامة بنت وهب أن النبي صلى الله عليه وسلم سئل عن العزل فقال : ذلك الوأد الخفي . أخرجه مسلم والترمذي وصححه من طريق معمر عن يحيى بن

أبى كثير عن محمد بن عبد الرحمن بن ثوبان عن جابر قال : كانت لنا جوارى وكنا نعزل فقالت اليهود : إن تلك الموءودة الصغرى فسئل رسول الله (ص) عن ذلك فقال : كذبت اليهود ، لو أراد الله خلقه لم يستطع رده ، وأخرجه النسائى من طريق هشام وعلى بن المبارك وغيرهما عن يحيى عن محمد بن عبد الرحمن عن أبى مطيع بن رفاعة عن أبى سعيد نحوه : ويجمع بين هذه الأحاديث وحديث جدامه بأن حديث جدامة يحمل على التنزيه وهذه طريقة البيهقى ، ومنهم من ضعف حديث جدامة بأنه معارض بما هو أكثر طرقا منه ، وكيف يصرح بتكذيب اليهود فى ذلك ثم يثبته ؟

قال الحافظ وهذا دفع الأحاديث الصحيحة بالتوهم ، والحديث صحيح لا ريب فيه والجمع ممكن ، ومنهم من ادعى أنه منسوخ ، ورد بعدم معرفة التاريخ .

وقال الطحاوى يحتمل أن يكون حديث جدامة على وفق ما كان عليه الأمر أولا من موافقة أهل الكتاب ، لأنه كان يحب موافقة أهل الكتاب فيما لم ينزل عليه ، ثم أعلمه الله بالحكم فكذب اليهود فيما كانوا يقولونه ، وتعقبه ابن رشد ثم ابن العربى بأنه لا يجزم بشىء تبعاً لليهود ثم يصرح بتكذيبهم ؛ ومنهم من رجح حديث جدامة لثبوته فى صحيح مسلم وضعف مقابله بأنه حديث واحد اختلف فى إسناده فاضطرب . ورجح ابن حزم العمل بحديث جدامة بأن أحاديث غيرها موافق أصل الإباحة وحديثها يدل على المنع ، فمن ادعى أنه أبيح بعد أن منع فعليه البيان ، وتعقب بأن حديثها ليس صريحاً فى المنع ، إذ لا يلزم من تسميته وأداً خفيا على طريق التشبيه أن يكون حراماً ، وخصه بعضهم بالعزل عن الحامل لزوال المعنى الذى كان يحذره الذى يعزل من حصول الحمل ، وجمعوا بين تكذيب اليهود فى قولهم الموءودة الصغرى ، وبين إثبات كونه وأداً خفيا فى حديث جدامة بأن قولهم الموءودة الصغرى يقتضى أنه وأد ظاهر ، لكنه صغير بالنسبة الى دفن المولود بعد وضعه حيا ، فلا يعارض قوله ، ان العزل وأد خفى ، فإنه يدل على أنه ليس فى حكم الظاهر أصلا ، فلا يترتب عليه حكمه ، وانما جعله وأداً من جهة اشتراكهما فى قطع الولادة ، وقال بعضهم : الوأد الخفى ورد على طريق التشبيه لأنه قطع طريق الولادة قبل مجيئه فأشبه قتل الولد بعد مجيئه .

وقال ابن القيم من الحنابلة الذى كذبت فيه اليهود زعمهم أن العزل لا يتصور معه الحمل أصلا وجعلوه بمنزلة قطع النسل بالوأد فأكذبهم وأخبر أنه لا يمنع الحمل إذا شاء الله خلقه ، وإذا لم يرد خلقه لم يكن وأداً حقيقة ، وإنما سماه وأداً خفيا فى حديث جدامه ، لأن الرجل إنما يعزل هرباً من الحمل ، فأجرى قصده لذلك مجرى الوأد ، لكن الفرق بينهما أن الوأد ظاهر بالمباشرة اجتمع فيه القصد والفعل ، والعزل يتعلق بالقصد صرفاً فلذلك وصفه بكونه خفيا ، فهذه أجوبة عدة أشار اليها ابن حجر فى الفتح ورجعنا اليها فى مظانها وعنها نقلنا .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(فصل) ولا يجب عليها خدمته فى الخبز والطحن والطبخ والغسل وغيرها من الخدم لأن المعقود عليه من جهتها هو الاستمتاع فلا يلزمها ماسواه .

(فصل) وان كان له امرأتان أو أكثر فله أن يقسم لهن ، لان النبى صلى الله عليه وسلم قسم لنسائه ، ولا يجب عليه ذلك لأن القسم لحقه فجاز له تركه ، واذا أراد أن يقسم لم يجز أن يبدأ بواحدة منهن من غير رضا البواقى الا بقرعة ، لما روى أبو هريرة رضى الله عنه قال ، قال رسول الله صلى الله عليه وسلم من : كانت له امرأتان يميل الى احداهما على الأخرى ، جاء يوم القيامة وأحد شقيه ساقط ، ولأن البداءة بإحداهما من غير قرعة تدعو الى النفور ، واذا قسم لواحدة بالقرعة أو غير القرعة لزمه القضاء للبواقى ، لأنه اذا لم يقض مال ، فدخل فى الوعيد .

(فصل) ويقسم المريض والمجبوب ، لان النبى صلى الله عليه وسلم كان يقسم فى مرضه ، ولأن القسم يراد للأنس وذلك يحصل مع المرض والجب ، وان كان مجنوناً لا يخاف منه طاف به الولى على نسائه ، لانه يحصل لها به الانس ، ويقسم للحائض والنفساء والمريضة والمحرمة والمظاهر منها والمولى منها ، لأن القصد من القسم الايواء والانس ، وذلك يحصل مع هؤلاء . وان كانت مجنونة لا يخاف منها قسم لها ، لانه يحصل لها الانس ، وان كان يخاف منها لم يقسم لها ، لأنها لا تصلح للأنس .

(الشرح) قسم النبي صلى الله عليه وسلم لنسائه رواه مسلم عن أنس ورواه أحمد وأبو داود والبيهقي والحاكم وصححه عن عائشة ، ولفظ أبي داود في رواية « كان لا يفضل بعضنا على بعض في القسم من مكثه عندنا ، وكان مامن يوم إلا وهو يطوف علينا جميعاً فيدنو من كل إمرأة من غير مسيس حتى يبلغ التي هو يومها فيبيت عندها » .

أما حديث أبي هريرة فقد أخرجه أحمد وأصحاب السنن الأربعة والدارمي وابن حبان والحاكم وقال : إسناده على شرط الشيخين ، واستغربه الترمذي مع تصحيحه ، وقال عبد الحق : هو حديث ثابت لكن علته أن هماماً تفرد به ؛ وأن هشاما رواه عن قتادة فقال : كان يقال .

وأخرج أبو نعيم عن أنس نحوه ، وقد ورد عن عائشة « كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يقسم فيعدل ويقول : اللهم هذا قسمي فيما أملك فلا تلمني فيما تملك ولا أملك » رواه أصحاب السنن الأربعة والدارمي وصححه ابن حبان والحاكم ورجح الترمذي إرساله فقال : رواية حماد بن زيد عن أيوب عن أبي قلابه مرسلا أصح ، وكذا أعله النسائي والدارقطني .

وقال أبو زرعة : لا أعلم أحداً تابع حماد بن سلمة على وصله . وعنها رضي الله عنها « أن النبي صلى الله عليه وسلم كان يسأل في مرضه الذي مات فيه : أين أنا غداً ؟ يريد يوم عائشة ، فأذن له أزواجه يكون حيث شاء فكان في بيت عائشة حتى مات عندها » رواه أحمد والبخاري ومسلم .

أما أحكام هذه الفصول فإنه لا يجب على المرأة خدمة الرجل أو البيت لأن المعقود عليه هو الاستمتاع إلا أن خدمتها أمر مشروع يدل عليه حديث رواه أحمد والبخاري ومسلم عن جابر « قال لي رسول الله صلى الله عليه وسلم : هل نكحت ؟ قلت نعم . قال : أبكراً أم ثيباً ؟ قلت ثيب ، قال فهلا بكراً تلاعبها وتلاعبك ؟ قلت يا رسول الله قتل ابي يوم أحد ، وترك تسع بنات ، فكرهت أن أجمع اليهن خرقاء مثلهن ، ولكن إمرأة تمشطهن وتقيم عليهن . قال أصبت » فمن كان بسبيل من ولد وأخ وعائلة فإنه لاحرج على الرجل في قصده خدمة إمرأته

وان كان ذلك لا يجب عليها . لكن يؤخذ منه أن العادة جارية بذلك ، فلذلك لم ينكره النبي صلى الله عليه وسلم وقال أحمد : قال أصحابنا وغيرهم ليس على المرأة خدمة زوجها فى عجن وخبز وطحن وطبخ ونحوه .

وقال السفارينى فى شرح ثلاثيات المسند : لكن الأولى لها فعل ماجرت العادة بقيامها به ، وأوجب ابن تيمية المعروف من مثلها لمثله ، وأما خدمة نفسها فى ذلك فعليها إلا أن يكون مثلها لا تخدم نفسها ، وقال أبو ثور : على الزوجة أن تخدم الزوج فى كل شىء ، وقال ابن حبيب فى « الواضحة » إن النبي حكم على فاطمة عليها السلام بخدمة البيت كلها ، قال السفارينى وفى الفروع ليس عليها عجن وخبز وطبخ ونحوه نص عليه خلافا للجوزجانى من أئمة علمائنا اه .

(مسألة) إذا كان له زوجتان أو أكثر لم يجب عليه القسم ابتداء ، بل يجوز له أن ينفرد عنهن فى بيت لأن المقصود هو الاستمتاع وهو حق له فجاز له تركه وان أراد أن يقسم بينهن جاز لأن النبي (ص) كان يقسم بين نسائه .

ولا يجوز أن يبدأ بواحدة منهن من غير رضا الباقيات الا بالقرعة لقوله تعالى « فلا تميلوا كل الميل » وحديث أبى هريرة الذى ساقه المصنف ومضى تخريجه فيه وعيد شديد لمن يؤثر واحدة دون الأخرى ، وفى البداءة بإحداهن من غير قرعة ميل ، فإن كان له زوجتان أقرع بينهما مرة واحدة ، وان كن ثلاثا أقرع مرتين وان كن أربعا أقرع ثلاث مرات لأنهن اذا كن ثلاثا فخرجت القرعة لواحدة قسم لها ثم أقرع بين الباقيتين ، وهكذا فى الاربع ، وان أقام عند واحدة منهن من غير قرعة لزمه القضاء للباقيتين ، لأنه اذا لم يقض كان مائلا .

* * *

(مسألة) ويقسم المريضة والرتقاء والقرناء والحائض والنفساء والمحرمة والتى آلى منها أو ظاهر ، لان المقصود الايواء والسكن ، وذلك موجود فى حقهن فأما المجنونة — فإن كان خاف منها — سقط حقها من القسم لأن المقصود الايواء والسكن . وذلك موجود فى حقهن ، وان لم يخف منها وجب لها القسم لأن الايواء يحصل معها ، وان دعاها الى منزل له فامتنعت سقط حقها من القسم كالعاقلة .

(فرع) ويقسم المريض والمجنون والعنين والمحرم ، لأن الأنس يحصل به ، وإن كان يخاف منه لم يقسم له الولى لأنه لا يحصل به الأنس ، وإن كان لا يخاف منه نظرت — فإن كان قد قسم لواحدة فى حال عقله ثم جن قبل أن يقضى — لزم الولى أن يقضى للباقيات قسمهن منه ، كما لو كان عليه دين ، وإن جن قبل أن يقسم لواحـدة منهن ـ فان لم ير الولى أن له مصلحة فى القسم لم يقسم لهن ، وإن رأى المصلحة له فى القسم قسم لهن لأنه قائم مقامـه ، وهل يجب على الولى ذلك أم لا ؟ على قولين : وحكاهما بعض الأصحاب وجهين (أحدهما) لا يجب عليه كما لا يجب على العاقل (والثانى) يجب عليه ذلك لأن العاقل له اختيـار فى ترك حقه والمجنون لا اختيار له ، فلزم الولى أن يستوفى له حقه بذلك ، فان حمله الى واحدة حمله ليلة أخرى أو كان بالخيار بين أن يطوف على نسائه وبين أن يتركه فى منزله ويستدعيهن واحدة واحدة اليه ، وإن طاف به على البعض واستدعى البعض جاز ، فان قسم الولى لبعضهن ولم يقسم للباقيات لم يلزم الولى هذا نقل أصحابنا البغداديين .

وقال المسعودى : هل يقسم الولى للمجنون . فيه وجهان . قال فإن كان يجن يوماً ويفيق يوماً فأقام ليلة جنونه عند واحدة وليلة عقله عند أخرى لم تحتسب ليلة جنونه عندها حتى يقضى لها ، فلو أقر الولى أنه ظلم إحداهن لم يسمع إقراره حتى تقر المظلومة لها للمظلومة ، هكذا أفاده العمرانى فى البيان .

وحكى فى البحر عن قوم جاهيل أنه يجوز لمن له زوجتان أن يقف مع إحداهما ليلة ومع الاخرى ثلاثاً لأن له أن ينكح أربعاً ، وله إيثار أيهما شاء بالليلتين ، ولا شك أن هذا ومثله يعد من الميل الـكلى . والله يقول « فلا تميلوا كل الميل »

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) وإن سافرت المرأة بغير إذن الزوج سقط حقها من القسم والنفقة لأن القسم للأنس والنفقة للتمكين من الاسـتمتاع ، وقد منعت ذلك بالسفر . وان سافرت باذنه ففيه قولان (أحدهما) لا يسقط لأنها سافرت باذنه ، فأشبه

إذا سافرت معه (الثانى) لا يسقط ، لأن القسم للأنس والنفقة للتمكين من الاستمتاع ، وقد عدم الجميع فسقط ما تعلق به كالثمن لما وجب فى مقابلة المبيع سقط بعدمه .

(فصل) وإن اجتمع عنده حرة وأمة قسم للحرة ليلتين والأمة ليلة ، لما روى عن على كرم الله وجهه أنه قال : من نكح حرة على أمة فللحرة ليلتان والأمة ليلة ، والحق فى قسم الأمة لها دون المولى ، لأنه يراد لحظها فلم يكن المولى فيه حق ؛ فإن قسم للحرة ليلتين ثم أعتقت الأمة ، فإن كان بعدما اوفاها حقها استأنف القسم لها لأنهما تساويا بعد انقضاء القسم . وإن كان قبل أن يوفيها حقها أقام عندها ليلتين ، لأنه لم يوفها حقها حتى صارت مساوية للحرة فوجب التسوية بينهما ، وإن قسم للأمة ليلة ثم أعتقت ، فإن كان بعدما أوفى الحرة حقها سوّى بينهما . وإن كان قبل أن يوفى الحرة حقها لم يزد على ليلة لأنهما تساويا فوجب التسوية بينهما

(فصل) وعماد القسم الليل ، لقوله عز وجل (وجعلنا الليل لباسا) قيل فى التفسير الإيواء الى المساكن ، ولأن النهار للمعيشة والليل للسكون ، ولهذا قال الله تعالى (ألم يروا أنا جعلنا الليل ليسكنوا فيه) فإن كانت معيشته بالليل فعماد قسمه النهار ؛ لأن نهاره كليل غيره ، والاولى أن يقسم ليلة ليلة اقتداء برسول الله صلى الله عليه وسلم ، ولأن ذلك أقرب الى التسويه فى إيفاء الحقوق فإن قسم ليلتين أو ثلاثاً جاز ، لأنه فى حد القليل ، وإن زاد على الثلاث لم يجز من غير رضاهن ، لأن فيه تغريراً بحقوقهن ، فإن فعل ذلك لزمه القضاء للبواقى لأنه إذا قضى ما قسم بحق فلأن يقضى ما قسم بغير حق أولى ، واذا قسم لها ليلة كان لها الليلة وما يليها من النهار ، لما روت عائشة رضى الله عنها قالت : كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يقسم لكل امرأة يومها وليلتها ، غير أن سودة وهبت ليلتها لعائشة تبتغى بذلك رضى رسول الله صلى الله عليه وسلم . وروى عن عائشة رضى الله عنها قالت « توفى رسول الله (ص) فى بيتى وفى يومى وبين سحرى ونحرى ، وجمع الله بين ريقى وريقه »

(فصل) والاولى أن يطوف إلى نسائه فى منازلهن اقتداء برسول الله (ص)

ولأن ذلك أحسن فى العشرة وأصون لهن ، وله أن يقيم فى موضع ويستدعى واحدة واحدة ، لأن المرأة تابعة للزوج فى المكان ، ولهذا يجوز له أن ينقلها الى حيث شاء ، وإن كان محبوساً فى موضع ـ فان أمكن حضورها فيه ـ لم يسقط حقها من القسم ، لأنه يصلح للقسم فصار كالمنزل ، وإن لم يمكن حضورها فيه سقط القسم لأنه تعذر الاجتماع لعذر ، وان كانت له امرأتان فى بلدين فأقام فى بلد إحداهما فان لم يقم معها فى منزل لم يلزمه القضاء بالمقام فى بلد الاخرى لأن المقام فى البلد معها ليس بقسم ، وان أقام معها فى منزلها لزمه القضاء للأخرى ، لان القسم لا يسقط باختلاف البلاد كما لا يسقط باختلاف الحال

(فصل) ويستحب لمن قسم أن يسوى بينهن فى الاستمتاع لانه أكمل فى العدل ، فان لم يفعل جاز ، لان الداعى الى الاستمتاع الشهوة والمحبة ، ولا يمكن التسوية بينهن فى ذلك . ولهذا قال الله عز وجل (ولن تستطيعوا أن تعدلوا بين النساء ولو حرصتم)

قال ابن عباس رضى الله عنهما : يعنى فى الحب والجماع . وقالت عائشة (رض) كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يقسم بين نسائه ويعدل ثم يقول : اللهم هذا قسمى فيما أملك فلا تلمنى فيما تملكه ولا أملكه »

(الشرح) حديث عائشة الأول أخرجه أحمد والبخارى ومسلم ، وبقية الأخبار مضى تخريجها .

أما اللغات فقوله « وجعلنا الليل لباساً » الليل من غروب الشمس إلى طلوع الفجر ، وقياس جمعها ليلات مثل بيضة وبيضات ، وعاملته ملايلة أى ليلة وليلة مثل مشاهرة ومياومة ؛ أى شهراً وشهراً ويوما ويوما . واللباس هو الذى يغطى ويستر كما يغطى اللباس ويستر . وقوله « بين سحرى ونحرى » السحر الرئة . قال ابن بطال : أرادت أنه مات وهو متكىء عليها صلى الله عليه وسلم ، والنحر موضع القلادة من الصدر وتطلق النحور على الصدور

أما الأحكام فإنه اذا كان طلب معاش الرجل بالنهار فعماد قسمه الليل لقوله تعالى (وجعل الليل سكناً) وقوله تعالى (وجعلنا الليل لباساً والنهار معاشاً)

وإن كان طالب معاشه بالليل فعماد قسمته النهار ، والمستحب أن يقسم مناوبة وهو أن يقيم عند واحدة ليلة ثم عند الأخرى ليلة ، لأن النبي (ص) كان يفعل هكذا ، ولأنه اقرب إلى إيفاء الحق، وإن أراد أن يقسم لكل واحدة ليلتين أو ثلاثاً جاز لأن ذلك قريب إلى إيفاء الحق ، وإن أراد أن يقيم عند كل واحدة أكثر من الثلاث فقد قال الشافعي في الإملاء : إن أراد أن يقسم لهن مياومة أو مشاهرة أو مساناة كرهت له وأجزأه قال أصحابنا: يجوز له ما زاد على الثلاث برضاهن وأما بغير رضاهن فلا يجوز لأنه كثير ، ويدخل النهار في القسم لما روى عن عائشة رضى الله عنها أنها قالت : كان رسول الله (ص) يقسم لنسائه كل واحدة يوماً وليلتها ، غير أن سودة رضى الله عنها وهبت ليلتها لعائشة

وروى أن النبي (ص) دخل الى بيت حفصة فلم يصادفها ، فقعد عند مارية فقالت : يارسول الله في بيتي وفي يومي ، فأضافت اليوم اليها ، والأولى أن يجعل اليوم تابعا لليلة التي مضت قبله ، لأن الشهر هلالى ، وإن جعل النهار تابعاً لليلة التي بعده جاز .

(مسألة) إذا سافرت المرأة مع زوجها فلها النفقة والقسم لأنها في مقابلة الاستمتاع وذلك موجود . وهكذا إذا اشخصها من بلد إلى بلد لنقلة أو لحاجة فلها النفقة والقسم وان لم يكن معها . وإن سافرت لحاجة لها وحدها بإذنه ففيه قولان (أحدهما) لا نفقة لها ولا قسم لأنها في مقابلة الاستمتاع وذلك متعذر منها . (والثاني) لها النفقة والقسم لأنها غير ناشزة، فهو كما لو أشخصها لحاجة له والأول أصح

(مسألة) وان كان عنده مسلمة وذمية سوّى بينهما في القسم لقوله تعالى (وعاشروهن بالمعروف) ولم يفرق ، ولعموم الوعيد في حديث أبي هريرة عن النبي (ص) « من كانت له امرأتان يميل لاحداهما على الآخرى جاء يوم القيامة يجر أحد شقيه ساقطا أو مائلا » رواه أحمد وأصحاب السنن

قال الشافعي في الأم : وإذا كان له أربع زوجات فترك إحداهن من القسمة أربعين ليلة قضى لها عشر ليال . واختلف أصحابنا في تأويله فقال أكثرهم : أراد أنه أقام عند كل واحدة من الثلاث عشراً . ثم أقام عشراً وحده في بيت فيقضى للرابعة عشراً . فأما لو أقام عند الثلاث أربعين قضى للرابعة ثلاث عشرة ليلة وثلثا

وقال ابن الصباغ : ظاهر كلامه أنه أقام عندهن أربعين ليلة . وما قال له وجه جيد عندى لأن الذى تستحقه بالقضاء عشر ، وثلاث ليال وثلث تستحقها إذن لأن زمان القضاء لها فيه قسم .

(فرع) قال فى الأم : وان كان له أربع نسوة فسافرت واحده منهن بغير اذنه وأقام عند اثنتين ثلاثين يوما عند كل واحدة خمسة عشر يوما فلما أراد أن يقيم عند الثالثة رجعت الناشزة وصارت فى طاعته ، فلا حق لها فيما مضى من القسم لأنها كانت عاصية ، ولا يمكن أن يقسم للثالثة خمس عشرة ليلة ، لأن القادمة تستحق الربع فيجعل الليالى أرباعا ويقيم عند القادمة ليلة وهو حقها ، ويجعل للثالثة ثلاث ليال ، ليلة هى حقها وليلتين من حق الأولتين ؛ فإذا دار بين القادمة والثالثة خمسة أدوار كذلك ، استوفت الثالثة خمس عشرة ليلة والقادمة خمسا واستأنف القسم بين الأربع ، ولو كان بدل المسافرة زوجة جديدة تزوجها قبل أن يوفى الثالثة خص الجديدة ان كانت بكرا بسبع ، وان كانت ثيبا ثلاثا ثم يقسم ثلاثا للثالثة الاولى وليلة للجديدة حتى يدور خمسة أدوار واستأنف القسم الأربع دليلنا ما أخرجه الشيخان عن أبى قلابة عن انس رضى الله عنه قال « من السنة اذا تزوج البكر على الثيب أقام عندها سبعا ثم قسم ، واذا تزوج الثيب أقام عندها ثلاثا ثم قسم » .

قال أبو قلابة : ولو شئت لقلت : ان أنسا رفعه الى رسول الله (ص) »
قال ابن دقيق العيد : قول أبى قلابة يحتمل وجهين

(أحدهما) ان يكون ظن انه سمعه عن انس مرفوعا لفظا فتحرز عنه تورعا (والثانى) أن يكون رأى أن قول أنس « من السنة » فى حكم المرفوع ، فلو عبر عنه بأنه مرفوع على حسب اعتقاده اصح ، لانه فى حكم المرفوع ، قال والاول اقرب ، لان قوله « من السنة » يقتضى ان يكون مرفوعا بطريق اجتهادى محتمل

قلت : وقد روى هذا الحديث مرفوعا الدارقطنى والبيهقى وابو عوانة وابن خزيمة وابن حبان والدارمى بلفظ « سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول : للبكر سبعة أيام وللثيب ثلاث ثم يعود الى نسائه » وسيأتى فى فصل بعده .

(مسألة) والمستحب أن يطوف على نسائه فى منازلهن ، لأن النبى صلى الله عليه وسلم كان يفعل ذلك ، ولأن ذلك أصون لهن ، وان قعد فى منزل واستدعى كل واحدة اليه فى منزلها ، واستدعى البعض إلى منزله كان له ذلك ، فإن لم تأته واحدة إلى حيث مكان يصلان اليه ويصلح للسكن وأراد أن يقسم بينهن ، ويستدعيهن اليه كان له ذلك لأنه كالمنزل ، وإن كان له إمرأتان فى بلدين فأقام فى بلد إحداهما ـ فان أقام معها قضى للأخرى ، وإن لم يقم معها لم يقض للأخرى ، لأن اقامته فى البلد التى هى بها من غير أن يقيم معها ليس بقسم .

(مسألة أخرى) ليس فى شرط القسم الوطء ، غير أن المستحب أن يساوى بينهن فى الوطء لانه هو المقصود ، فان وطىء بعضهن دون بعض لم يأثم بذلك لأن الوطء طريقه الشهوة ، وقد تميل الشهوة الى بعضهن دون بعض ، ولهذا قال تعالى « وان تستطيعوا أن تعدلوا بين النساء ولو حرصتم » قيل فى التفسير : فى الحب والجماع ، وقد روينا أن النبى (ص) كان يقسم بين نسائه ، ويقول : اللهم هذا قسمى فيما أملك ، فلا تلمنى فيما تملك ولا أملك . رواه أصحاب السنن عن عائشة رضى الله عنها وصححه الحاكم وابن حبان ، ورجح الترمذى ارساله .

قال المصنف رحمه الله :

(فصل) ولا يجوز أن يخرج فى ليلتها من عندها ، فان مرض غيرها من النساء وخاف أن تموت أو أكرهه السلطان جاز أن يخرج لأنه موضع ضرورة وعليه القضاء ، كما يترك الصلاة اذا أكره على تركها وعليه القضاء ، والاولى أن يقضيها فى الوقت الذى خرج ، لأنه أعدل ، وان خرج فى آخر الليل وقضاه فى أوله جاز ، لان الجميع مقصود فى القسم ، فان دخل على غيرها بالليل فوطئها ثم عاد ففيه ثلاثة أوجه ، أحدها : يلزمه القضاء بليلة لان الجماع معظم المقصود ، والثانى : يدخل عليها فى ليلة الموطوءة فيطؤها لانه أقرب الى التسوية ، والثالث أنه لا يقضيها بشىء ، لأن الوطء غير مستحق فى القسم ، وقدره من الزمان لا ينضبط فسقط . ويجوز أن يخرج فى نهارها للمعيشة ويدخل الى غيرها ليأخذ شيئاً أو يترك شيئاً ولا يطيل ، فان أطال لزمه القضاء لانه ترك الإيواء المقصود

وإن دخل إلى غيرها لحاجة فقبلها جاز ، لما روت عائشة رضى الله عنها قالت « ما كان يوم أو أقل يوم إلا كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يطوف علينا جميعاً ، ويقبل ويلمس ، فإذا جاء إلى التى هو يومها أقام عندها ، ولا يجوز أن يطأها لأنه معظم المقصود فلا يجوز فى قسم غيرها ، فإن وطئها وانصرف ففيه وجهان (أحدهما) أنه يلزمه أن يخرج فى نهار الموطوءة ويطأها ، لانه هو العدل (والثانى) لا يلزمه شىء لان الوطء غير مستحق ، وقدره من الزمان لا ينضبط فسقط ، وان كان عنده إمرأتان فقسم لإحداهما مدة ثم طلق الأخرى قبل أن يقضيها ثم تزوجها لزمه قضاء حقها ، لأنه تأخر القضاء لعذر وقد زال فوجب كما لو كان عليه دين فاعسر ثم أيسر .

(الشرح) حديث عائشة رضى الله عنها أخرجه أحمد فى مسنده والبيهقى والحاكم وصححه بلفظ « كان رسول الله صلى الله عليه وسلم ما من يوم إلا وهو يطوف علينا جميعاً إمرأة إمرأة ، فيدنو ويلمس من غير مسيس حتى يفضى الى التى هو يومها فيبيت عندها ، وروى أبو داود بنحوه ولفظه فى رواية له « كان لا يفضل بعضنا على بعض فى القسم من مكثه عندنا ، وكان ما من يوم إلا وهو يطوف علينا جميعاً فيدنو من كل إمرأة من غير مسيس حتى يبلغ التى هو يومها فيبيت عندها ، وفى لفظ عند أحمد والبخارى ومسلم « كان إذا انصرف من صلاة العصر دخل على نسائه ، فيدنو من احداهن » .

أما الاحكام : فقد قال الشافعى رضى الله عنه « ولا يدخل فى الليل على التى لم يقسم لها ، وجملة ذلك أنه اذا قسم بين نسائه فلا يجوز أن يخرج من المقسوم لها فى ليلتها لغير ضرورة من غير اذنها لان عماد القسم الليل ، فان دعت ضرورة الى ذلك بأن مرض غيرها وأشرفت على الموت فاحتاج أن يخرج اليها لتوصى اليه أوتحتاج الى قيم ولا قيم لها أو ماتت واحتاج الى الخروج لتجويزها جاز له الخروج لأن هذا موضع عذر ، فان برئت المريضة التى خرج اليها قضى للتى خرج من ليلتها من ليلة المريضة مثل الذى أقام عندها ، وان ماتت لم يقض ، بل يستأنف القسم الباقيات .

اذا ثبت هذا فقد نقل المزنى : أنه يعودها فى ليلة غيرها . قال أصحابنا هذا سهو فى النقل أيضاً ، هو فى يوم غيرها ، فان خالف وخرج عنها فى ليلتها لغير عذر الى غيرها وأقام عندها قليلا فقد أساء ، ولا يقضى ذلك ، لأن ذلك يسير لا يضبط ، وان أقام عندها مدة طويلة من الليل قضى للأخرى من ليلته التى أقام عندها مثل ذلك فى وقته من الليل ، وان قضى مثله فى غير وقته من الليل جاز ، لان المقصود الايواء ، وجميع الليل وقت الايواء ، وان دخل الى غيرها فى ليلتها وجامعها وخرج سريعاً فما الذى يجب عليه ؟ فيه ثلاثة أوجه .

(أحدها) لا يجب القضاء عليه لان القصد الايواء ، ولم يفوت عليها بجماع غيرها الايواء ، لان قدر مدته يسيرة .

(والثانى) يجب عليه القضاء ، بليلة من حق الموطوءة ، لأن المقصود بالايواء هو الجماع ، فاذا وقع ذلك لغيرها فى ليلتها وجب عليه أن يقضيها فى ليلة الموطوءة (والثالث) أنه يدخل عليها فى ليلة الموطوءة فيطؤها لانه أعدل .

(فرع) فان أخرجه عنها فى ليلتها وحبسه نصف ليلتها أو خرج عنها الى بيت وقعد فيه نصف الليل ، وجب عليه أن يقضى مثل الذى فوت عليها ، فان فوت عليها النصف الأول من الليل فانه يأوى اليها النصف الأول من الليل : ثم يخرج منها الى منزله أو لغيره ، وينفرد عنها وعن سائر نسائه النصف الاخير وقال ابن الصباغ : قال بعض أصحابنا : الا أن يخاف العسس أو يخاف اللصوص فيقيم عندها فى باقى الليل ، ولا يخرج للعذر ، ولا يقضى الباقيات : وان فوت عليها النصف الأخير من الليل فالمستحب أن يقضيها فى النصف الاخير ، وان أوى اليها النصف الاول وانفرد فى النصف الأخير جاز .

(فرع) ويجوز أن يخرج فى نهار المقسم لها لطلب المعيشة الى السوق ولقضاء الحاجات ، وان دخل الى غيرها فى يومها ، فان كان لحاجة مثل أن يحمل اليها نفقتها ، أو كانت مريضة فدخل عليها يعودها ، أو دخل لزيارتها لبعد عهده بها ، أو يكلمها بشىء أو تكلمه ، أو يدخل الى بيتها شيئاً ، أو يأخذ منه شيئا ولم يطل الاقامة عندها ، جاز ولا يلزمه القضاء لذلك ، لأن المقصود بالقسم

الايواء ، وذلك يحصل بالليل دون النهار ولا يجامعها لما روى عن عائشة « مامن يوم الا وهو يطوف علينا جميعاً امرأة امرأة فيدنو ويلمس من غير مسيس حتى يفضى الى التى هو يومها فيبيت عندها » وهل له أن يستمتع بالتى يدخل اليها فى غير يومها بالجماع ؟ فيه وجهان حكاهما ابن الصباغ .

(أحدهما) لا يجوز لان ذلك مما يحصل به السكن فأشبه الجماع .

(والثانى) وهو المشهور : يجوز لحديث عائشة أم المؤمنين ، فان دخل اليها فى يوم غيرها وأطال المقـــام عندها لزمه القضاء ، كما قلنا فى الليل ، وان أراد الدخول اليها فى يوم غيرها لغير حاجة لم يجز لان الحق لغيرها ؛ وان دخل اليها فى يوم غيرها ووطئها ، وانصرف سريعا ففيه وجهان حكاهما المصنف . أحدهما لا يلزمه القضاء لأنه غير مستحق ووقته لا ينضبط . والثانى : يلزمه أن يدخل اليها فى يوم الموطوءة فيطؤها لأنه أعدل .

قال المصنف رحمه الله :

(فصل) وان تزوج امرأة وعنده امرأتان أو ثلاث قطع الدور للجديدة فان كانت بكراً أقام عندها سبعا ، لما روى أبو قلابة عن أنس رضى الله عنه أنه قال « من السنة أن يقيم عند البكر مع الثيب سبعا » قال أنس : ولو شئت أن أرفعه الى رسول الله صلى الله عليه وسلم لرفعت ، وان كانت ثيبا أقام عندها ثلاثا أو سبعا لما روى « أن النبى صلى الله عليه وسلم تزوج أم سلمة رضى الله عنها وقال : ان شئت سبعت عندك وسبعت عندهن ، وان شئت ثلثت عندك ودرت » فان أقام عند البكر سبعا لم يقض للباقيات شيئا ، وان أقام عند الثيب ثلاثا لم يقض ، فان أقام سبعا ففيه وجهان .

(أحدهما) يقضى السبع لقوله صلى الله عليه وسلم « ان شئت سبعت عندك وسبعت عندهن » (والثانى) يقضى ما زاد على الثلاث ، لان الثلاث مستحقه لها فلا يلزمه قضاؤها ، وان تزوج العبد أمة وعنده امرأة قضى للجديدة حق العقد وفى قدره وجهان ، قال أبو على بن أبى هريرة : هى على النصف كما قلنا فى القسم الدائم ، وقال أبو اسحاق : هى كالحرة ، لأن قسم العقد حق الزوج فلم يختلف

برقها وحريتها بخلاف القسم الدائم فإنه حق لها ، فاختلف برقها وحريتها ، وإن تزوج رجل امرأتين وزفتا اليه فى وقت واحد أقرع بينهما لتقديم حق العقد كما يقرع للتقديم فى القسم الدائم

(الشرح) حديث أبى قلابة عن أنس فى الصحيحين ، إلا أنه ليس فيه ، قال أنس وإنما الذى فيه : قال أبو قلابة : ولو شئت لقلت . إن أنساً رفعه الى رسول الله صلى الله عليه وسلم . قال ابن دقيق العيد : قول أبى قلابة يحتمل وجهين (أحدهما) أن يكون ظن أنه سمعه عن أنس مرفوعا لفظا فتحرز عنه تورعا (والثانى) أن يكون رأى أن قول أنس : من السنة ، فى حكم المرفوع ، فلو عبر عنه بأنه مرفوع على حسب اعتقاده لصح ، لأنه فى حكم المرفوع . قال والأول أقرب ، لأن قوله من السنة يقتضى أن يكون مرفوعا بطريق اجتهادى محتمل وقوله : انه رفعه نص فى رفعه ، وليس للراوى أن ينقل ما هو ظاهر محتمل إلى ما هو نص فى رفعه ؛ وبهذا يندفع ما قاله بعضهم من عدم الفرق بين قوله من السنة كذا ، وبين رفعه الى رسول الله صلى الله عليه وسلم . وقد روى هذا الحديث جماعة عن أنس وقالوا فيه : قال النبى صلى الله عليه وسلم ، كما فى البيهقى ومستخرج الاسماعيلى ، وصحيح أبى عوانة ، وصحيح ابن خزيمة وصحيح ابن حبان وسنن الدارمى والدارقطنى

أما حديث أم سلمة فقد أخرجه أحمد ومسلم وأبو داود وابن ماجه بلفظ : عن أم سلمة رضى الله عنها أن النبى صلى الله عليه وسلم لما تزوجها أقام عندها ثلاثة أيام وقال : إنه ليس بك هوان على أهلك ، فإن شئت سبعت لك ، وإن سبعت لك سبعت لنسائى ، ورواه الدارقطنى ولفظه ، أن النبى صلى الله عليه وسلم قال لها حين دخل بها : ليس بك عن أهلك هوان إن شئت أقمت عندك ثلاثا خالصة لك ، وان شئت سبعت لك وسبعت لنسائى ، قالت تقيم معى ثلاثاً خالصة ، وفى إسناد الدارقطنى الواقدى : وعن أنس رضى الله عنه قال ، لما أخذ النبى (ص) صفيه أقام عندها ثلاثا وكانت ثيبا ، رواه أحمد وابو داود والنسائى

أما الأحكام فإن الأحاديث تدل على أن البكر تؤثر بسبع والثيب بثلاث . قيل وهذا فى حق من كان له زوجة قبل الجديدة . وقال ابن عبد البر قول جمهور العلماء أن ذلك حق للمرأة بسبب الزفاف ، سواء كان عنده زوجة أم لا . وحكى النووى انه يستحب إذا لم يكن عنده غيرها وإلا فيجب .

قال الحافظ بن حجر فى الفتح : وهذا يوافق كلام أكثر الأصحاب ، واختار النووى أن لا فرق ، واطلاق الشافعى يعضده . ويمكن التمسك لقول من اشترط أن يكون عنده زوجة قبل الجديدة بقوله فى حديث أنس أيضا : البكر سبع والثيب ثلاث . قال الحافظ لكن القاعدة ان المطلق محمول على المقيد . قال وفيه - يعنى حديث أنس - حجة على الكوفيين فى قولهم ان البكر والثيب سواء فى الثلاث ، وعلى الأوزاعى فى قوله للبكر ثلاث وللثيب يومان ، وفيه حديث مرفوع عن عائشة عند الدارقطنى بسند ضعيف جداً . اه

وقال العمرانى فى البيان : اذا كان تحته زوجة أو زوجات فتزوج بأخرى قطع الدور للجديدة ، فإن كانت بكراً أقام عندها سبعاً ولا يقضى ، وان كانت ثيبا كان بالخيار بين أن يقيم عندها ثلاثاً ولا يقضى ، وبين أن يقيم عندها سبعا ويقضى ما زاد على الثلاث . ومن اصحابنا من قال تقضى السبعة كلها ، والاول هو المشهور قلت هذا هو مذهبنا وبه قال أنس بن مالك (رض) والشعبي والنخعى ومالك واحمد واسحاق رحمهم الله .

وقال ابن المسيب والحسن البصرى : يقيم عندها اذا كانت بكراً ليلتين وعند الثيب ليلة ، وقال الحكم وحماد وابو حنيفة واصحابه : يقيم عند البكر سبعا وعند الثيب ثلاثا ويقضى مثل ذلك للباقيات . دليلنا ما روى عن انس مرفوعا : للبكر سبع وللثيب ثلاث ، وما روى عن أم سلمة : دخل علىَّ رسول الله (ص) فقال ما بك على اهلك هوان ، فإن شئت سبعت عندك وقضيت لهن، وان شئت ثلثت عندك ودرت ، فقلت ثلث، فاذا قلنا يجب عليه قضاء السبع اذا اقامها عند الثيب فوجهه قوله صلى الله عليه وسلم : ثلثت عندك ودرت ، فلو كان يجب قضاء الثلاث كما كان يجب قضاء ما زاد لما كان للتخيير معنى ، ولأن الثلاثة مستحقة لها بدليل

انها لو اختارت ان يقيم عنـدها الثلاث لا غير لم يجب عليه قضاؤها ، فكذلك لا يجب قضاؤها اذا اقامها مع الاربع .

(فرع) قال فى الام ولا احب ان يتخلف عن صلاة الجماعه ، ولا يمنعه من عيادة مريض ولا شهود جنازة ولا اجابه وليمـه . وجمله ذلك انه اذا اقام عند الجديدة بحق العقد فهو كالقسم الدائم فعماده الليل . واما بالنهار فله ان ينصرف الى طلب معاشه ويصلى مع الجماعه ويشهد الجنازة ويعود المريض ويجيب الولائم لأن الايواء بالنهار عندها مباح . وهذه الاشياء طاعات فلا يترك الطاعات للمباح قال ابن الصباغ فأما بالليل فقال أصحابنا لا يخرج فيه لشيء من ذلك ، لأن حق الزوجه فيه واجب وما يخرج له فليس بواجب ، بخلاف السكون عندها بالنهار فإنه ليس بواجب . اه

قال المصنف رحمه الله تعالى

(فصــل) وان اراد السفر بامرأة او امرأتين او ثلاث اقرع بينهن ، فمن خرجت عليها القرعه سافر بها ، لمـا روت عائشه رضى الله عنها قالت ، كان رسول الله (ص) اذا خرج اقرع بين نسائه ، فصـارت القرعه على عائشه رضى الله عنها ، وحفصه رضى الله عنها فخرجتا معه جميعا ، ولا يجوز ان يسافر بواحدة من غير قرعه ، لأن ذلك ميل وترك للعدل

وان سافر بامرأتين بالقرعه سوى بينهما فى القسم كما يسوى بينهما فى الحضر فإن كان فى سفر طويل لم يلزمه القضاء للمقيمات ، لأن عائشه رضى الله عنها لم تذكر القضـاء ، ولأن المسافرة اختصت بمشقه السفر فاختصت بالقسم ، وان كان فى سفر قصير ففيه وجهان (احدهما) لا يلزمه القضاء كما لا يلزمه فى السفر الطويل (والثانى) يلزمه لأنه فى حكم الحضر ، وان سـافر ببعضهن بغير قرعه لزمه القضاء للمقيمات لأنه قسم بغير قرعه فلزمه القضاء كما لو قسم لها فى الحضر وان سـافر بامرأة بقرعه الى بلد ثم عنّ له سفر ابعد منه لم يلزمه القضاء ، لانه سفر واحد وقد اقرع له .

وان سافر بامرأة بالقرعه وانقضى سفره ثم اقام معها مدة لزمه ان يقضى

المدة التى أقام معها بعد انقضاء السفر ، لأن القرعة إنما تسقط القضاء فى قسم السفر . وإن كان عنده امرأتان ثم تزوج بامرأتين وزفتا اليه فى وقت واحد لزمه أن يقسم لهما حق العقد ، ولا يقدم إحداهما من غير قرعة ، فإن أراد السفر قبل أن يقسم لهما أقرع بين الجميع فإن خرجت القرعة لإحدى القديمتين سافر بها فإذا قدم قضى حق العقد للجديدتين وان خرجت القرعة لاحدى الجديدتين سافر بها ودخل حق العقد فى قسم السفر لأن القصد من قسم العقد الألفة والاستمتاع . وقد حصل ذلك

وهل يلزمه أن يقضى للجديدة الأخرى حق العقد؟ فيه وجهان (أحدهما) لا يلزمه كما لا يلزمه فى القسم الدائم (والثانى) يلزمه ، وهو قول أبى إسحاق ، لأنه سافر بها بعدما استحقت الأخرى حق العقد فلزمه القضاء ؛ كما لو كان عنده أربع نسوة فقسم للثلاث ثم سافر بغير الرابعة بالقرعة قبل قضاء حق الرابعة

(الشرح) حديث عائشه أخرجه أحمد والبخارى ومسلم وابن ماجه بلفظ «كان رسول الله صلى الله عليه وسلم إذا أراد أن يخرج سفراً أقرع بين أزواجه فأيتهن خرج سهمها خرج بها معه» وقد استدل بهذا الحديث على مشروعية القرعه فى القسمه بين الشركاء وغير ذلك ، والمشهور عن الحنفيه والمالكيه عدم اعتبار القرعه . قال القاضى عياض : هو مشهور عن مذهب مالك وأصحابه ، لأنها من باب الخطر والقمار . وحكى عن الحنفيه إجازتها

أما جملة الفصل فإنه إذا كان لرجل زوجتان أو أكثر وأراد السفر ، كان بالخيار بين أن يسافر وحده ويتركهن فى البلد، لأن عليه النفقه والكسوة والسكنى دون المقام معهن ، كما لو كان بالحضر وانفرد عنهن، وإن أراد أن يسافر بهن جميعاً لزمهن ذلك ، كما يجوز أن ينتقل من بلد الى بلد ، وإن أراد أن يسافر ببعض نسائه أقرع بينهن لما روت عائشه عليها السلام من إقراع النبى صلى الله عليه وسلم وقد مضى ، وهو بالخيار بين أن يكتب الاسماء ويخرج على السفر والإقامه وبين أن يكتب السفر والإقامه ويخرج على الاسماء

وإذا خرج السفر على واحدة لم يلزمه المسافرة بها ، بل لو أراد أن يدعها ويسافر وحده كان له ، وان أراد أن يسافر بغيرها لم يجز ، لأن ذلك يبطل فائدة

القرعه . وان اختار أن يسافر باثنتين وعنـده أكثر أقرع بينهن ، فإن خرجت قرعه السفر على اثنتين سافر بهما ويسوى بينهما فى القسم فى السفر ، كما لو كان فى الحضر . واذا سافر بها بالقرعه — فإن كان السفر طويلا لم يلزمه القضـاء للمقيمات . وان كان السفر قصيرا ففيه وجهان

(أحدهما) لا يلزمه القضاء للمقيمات كالسفر الطويل (والثانى) يلزمه لأنه فى حكم الحضر . هـذا مذهبنا وقال داود : يلزمه القضاء للمقيمات فى الطويل والقصير . دليلنا حديث عائشة أنها ذكرت السفر ولم تذكر القضاء ، ولأن المسافرة اختصت بمشقة السفر فاختصت بالقسم

(فرع) وان سافر بواحدة منهن من غير قرعة لزمه القضاء للمقيمات ، وبه قال أحمد . وقال مالك وأبو حنيفة لا يقضى . دليلنا أنه خص بعض نسائه بمدة على وجه تلحقه فيه التهمة فلزمه القضاء كما لو كان حاضرا . وقال المسعودى : فلو قصد الرجوع اليهن فهل تحتسب عليه المدة من وقت القصد . فيه وجهان

(فرع) وإن سافر بواحدة منهن بالقرعة ثم نوى الاقامة فى بعض البـلاد وأقام بها معه أو لم ينو الإقامة إلا أنه أقام بها أربعة أيام غير يوم الدخول ويوم الخروج قضى ذلك للباقيات ، لانه إنما لم يجب عليه أن يقضى مدة السفر . وهذا ليس بسفر : وإن سافر بها الى بلد فلما بلغه عن له أن يسافر بها الى بلد آخر فسافر بها لم يقض المقيمات لأنه سفر واحد وقد أقرع له

(فرع) قال الشـافعى رضى الله عنه ، ولو أراد النقلة لم يكن له أن ينتقل بواحدة إلا أوفى البواقى مثل مقامه معها ، واختلف أصحابنا فى تأويلها فمنهم من قال : تأويلها إذا كان له نساء فأراد النقلة الى بلد فينتقل بواحدة منهن ونقل الباقيات مع وكيله الى ذلك البلد ، فلما وصل الى ذلك البلد أقام مع التى نقلها بعد السفر دون مدة السفر ، لان مدة السفر لا تقضى . وقال أبو إسحاق : تقضى مدة السفر ومـدة الاقامه بعده ، لأنه أراد نقل جميعهن ، فقد تساوت حقوقهن ، فتى خص واحدة بالكون معه لزمه أن يقضى للباقيات مدة الاقامه معها ، كما لو أقام فى الحضر معها بخلاف السفر بإحداهن ، فعلى قول الاول يحتاج الى القرعه وعلى قول أبى إسحاق لا تحتاج الى قرعة

قال المصنف رحمه الله تعالى

(فصل) ويجوز للمرأة أن تهب ليلتها لبعض ضرائرها ، لما روت عائشة رضى الله عنها ، أن سودة وهبت يومها وليلتها لعائشة رضى الله عنها تبتغى بذلك مرضاة رسول الله صلى الله عليه وسلم ، ولا يجوز ذلك إلا برضا الزوج ، لأن حقه ثابت فى استمتاعها ؛ فلا تملك نقله إلى غيرها من غير رضاه ، ويجوز من غير رضا الموهوب لها لأنه زيادة فى حقها ، ومتى تقسم لها الليلة الموهوبة ؟ فيه وجهان (أحدهما) تضم إلى ليلتها ، لأنه اجتمع لها ليلتان فلم يفرق بينهما (والثانى) تقسم لها فى الليلة التى كانت للواهبة ، لأنها قائمة مقامها فقسم لها فى ليلتها ، ويجوز أن تهب ليلتها للزوج لأن الحق بينهما ، فاذا تركت حقها صار للزوج ثم يجعلها الزوج لمن شاء من نسائه ، ويجوز أن تهب ليلتها لجميع ضرائرها ، فإن كن ثلاثاً صار القسم أثلاثا بين الثلاث ، وإن وهبت ليلتها ثم رجعت لم يصح الرجوع فيما مضى ، لأنه هبة اتصل بها القبض ، ويصح فى المستقبل لأنها هبة لم يتصل بها القبض .

(فصل) وإن كان له إماء لم يكن لهن حق فى القسم ، فإن بات عند بعضهن لم يلزمه أن يقضى للباقيات ، لأنه لا حق لهن فى استمتاع السيد ، ولهذا لا يجوز لهن مطالبته بالفيئة اذا حلف أن لا يطأهن ؛ ولا خيار لهن بجبه وتعنينه ، والمستحب أن لا يعطلهن لأنه إذا عطلهن لم يأمن أن يفجرن ، وإن كان عنده زوجات وإماء فأقام عند الاماء لم يلزمه القضاء للزوجات ، لأن القضاء يجب بقسم مستحق ، وقسم الاماء غير مستحق فلم يجب قضاؤه كما لو بات عند صديق له

(الشرح) حديث سودة هذا أخرجه أحمد والبخارى ومسلم وأبو داود وابن سعد وسعيد بن منصور والترمذى وعبد الرزاق وسودة بنت زمعة تزوجها النبى صلى الله عليه وسلم وهو بمكة بعد موت خديجة عليها السلام ودخل بها وهاجرت معه ، ووقع فى رواية لمسلم من طريق شريك عن هشام فى آخر حديث عائشة ، قالت عائشة : وكانت إمرأة تزوجها بعدى ومعناه عقد عليها بعد أن

عقد على عائشة ، وأما الدخول بعائشة فكان بعد سودة بالاتفاق ، وقد نبه على ذلك ابن الجوزى ـ قوله : وهبت يومها ، فى رواية البخارى فى الهبة : يومها وليلتها ــ وزاد فى آخرها ــ تبتغى بذلك رضى رسول الله صلى الله عليه وسلم ولفظ أبى داود « ولقد قالت سودة بنت زمعة حين أسنت وخافت أن يفارقها رسول الله صلى الله عليه وسلم : يا رسول الله يومى لعائشة ، فقبل ذلك منها ، ففيها ، وأشباهها نزلت : وإن إمرأة خافت من بعلها نشوزاً » الآية .

قال الحافظ ابن حجر فى الفتح : فتواردت هذه الروايات على أنها خشيت الطلاق ، فوهبت . قال : وأخرج ابن سعد بسند رجاله ثقات من رواية القاسم ابن أبى بزة مرسلا « أن النبى صلى الله عليه وسلم طلقها فقعدت له على طريقه فقالت : والذى بعثك بالحق مالى فى الرجال حاجة ، ولكن أحب أن أبعث مع نسائك يوم القيامة ، فأنشدك الذى أنزل عليك الكتاب هل طلقتنى لموجدة وجدتها علىّ ، قال لا ، قالت : فأنشدك لما راجعتنى . فراجعها ، قالت فإنى قد جعلت يومى وليلتى لعائشة حبة رسول الله صلى الله عليه وسلم » والرواية المتفق عليها « أن سودة بنت زمعة وهبت يومها لعائشة وكان رسول الله صلى الله عليه وسلم يقسم لعائشة يومها ويوم سودة » .

وقوله « يومها ويوم سودة » لا نزاع أنه يجوز إذا كان يوم الواهبة واليا ليوم الموهوب لها بلا فصل أن يوالى الزوج بين اليومين للموهوب لها ، وأما إذا كان بينهما نوبة زوجة أخرى أو زوجات ، فقال العلماء انه لا يقدمه عن رتبته فى القسم إلا برضا من بقى ، وهل يجوز للموهوب لها أن تمتنع عن قبول النوبة الموهوبة ـ فإن كان قد قبل الزوج لم يجز لها الامتناع ـ وإن لم يكن قد قبل لم تكره على ذلك . حكى ذلك فى الفتح عن العلماء

وقال فى البيان ويجوز للمرأة أن تهب ليلتها لبعض ضرائرها لما روى أن النبى صلى الله عليه وسلم تزوج سودة بعد موت خديجة فلما كبرت وأسنت هم النبى صلى الله عليه وسلم بطلاقها فقالت : يا رسول الله لا تطلقنى ودعنى حتى احشر فى جملة أزواجك وقد وهبت ليلتى لأختى عائشة فتركها ، فكان يقسم لكل واحدة ليلة ليلة ولعائشة ليلتين .

إذا ثبت هذا فان القبول فيه إلى الزوج لأن الحق له ولا يصح ذلك إلا برضاه لأن الاستمتاع حق له عليها ، ولا يعتبر فيه رضا الموهوبة لأن ذلك زيادة فى حقها ـ فان كانت ليلة الواهبة توالى ليلة الموهوبة والاها لها ، وان كانتا غير متواليتين فهل للزوج أن يواليهما من غير رضا الباقيات ، فيه وجهان .

(أحدهما) له ذلك لأن لها ليلتين ، فلا فائدة فى تفرقتهما .

(والثانى) ليس له ذلك ، وهو المذهب ولم يذكر البغوى غيره لأنها قائمة مقام الواهبة ، وإن وهبتها لزوجها جاز له أن يجعلها لمن شاء من نسائه ، لأن الحق له ، وإن جعلها لواحدة تلى ليلتها ليلة الواهبة ، إما قبلها أو بعدها والاهما لها ، وان جعلها لمن لا تلى ليلتها فهل له أن يواليهما لها ؟ على الوجهين ؛ هكذا نقل البغداديون ،

وقال المسعودى : هل للزوج أن يخص بها بعض نسائه ، فيه وجهان . وان وهبتها لجميع ضرائرها صح ذلك وسقط قسمها وصارت كأن لم تكن ، فان رجعت الواهبة فى ليلتها لم تصح رجعتها فيما مضى ، لأنها هبة اتصل بها القبض ويصح رجعتها فى المستقبل لأنها هبة لم يتصل بها القبض ، فان لم يعلم الزوج برجعتها حتى قسم ليلتها لغيرها .

قال الشافعى رحمه الله : لم يكن لها بدلها ، فان أخذت عن ليلتها عوضا من الزوج لم يصح لانه ليس بعين ولا منفعة ، فترد العوض ويقضيها الزوج حقها لانها تركت حقها بعوض ولم يسلم لها العوض .

(مسألة) المستحب أن يساوى بين الاماء والحرائر ، فان لم يفعل فلا شىء عليه ، وله أن يطوف على نسائه أو إمائه بغسل واحد إذا حللنه عن ذلك فى القسم لما روى أن النبى صلى الله عليه وسلم كان يطوف على نسائه بغسل واحد ، والله تعالى أعلم بالصواب .

قال المصنف رحمه الله تعالى :

باب النشوز

إذا ظهرت من المرأة أمارات النشوز وعظها لقوله تعالى « واللاتي تخافون نشوزهن فعظوهن » ولا يضربها لانه يجوز أن يكون ما ظهر منها لضيق صدر من غير جهة الزوج ، وإن تكرر منها النشوز فله أن يضربها ، لقوله عز وجل « واضربوهن » وان نشزت مرة ففيه قولان .

(أحدهما) أنه يهجرها ولا يضربها ، لان العقوبات تختلف باختلاف الجرائم ولهذا ما يستحق بالنشوز لا يستحق بخوف النشوز ، فكذلك ما يستحق بتكرر النشوز لا يستحق بنشوز مرة .

(والثاني) وهو الصحيح : أنه يهجرها ويضربها لانه يجوز أن يهجرها للنشوز فجاز أن يضربها كما لو تكرر منها . فأما الوعظ فهو أن يخوفها بالله عز وجل وبما يلحقها من الضرر بسقوط نفقتها ، وأما الهجران فهو أن يهجرها في الفراش لما روى عن ابن عباس رضى الله عنه أنه قال في قوله عز وجل « واهجروهن في المضاجع قال : لا تضاجعها في فراشك » وأما الهجران بالكلام فلا يجوز أكثر من ثلاثة أيام ، لما روى أبو هريرة رضى الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال « لا يحل لمسلم أن يهجر أخاه فوق ثلاثة أيام » وأما الضرب فهو أن يضربها ضربا غير مبرح ويتجنب المواضع المخوفة والمواضع المستحسنة ، لما روى جابر رضى الله عنه « أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : اتقوا الله في النساء فإنكم أخذتموهن بكتاب الله ، واستحللتم فروجهن بكلمة الله ، وان لكم عليهن أن لا يوطئن فرشكم أحداً تكرهونه ، فان فعلن ذلك فاضربوهن ضربا غير مبرح » ولان القصد التأديب دون الاتلاف والتشويه .

النشوز مصدر نشز وبابه قعد وضرب ، ونشزت المرأة من زوجها عصته وامتنعت عليه ؛ ونشز الرجل من امرأته تركها وجفاها ، قال تعالى « وان امرأة خافت من بعلها نشوزاً أو اعراضاً » الآية ، وأصله الارتفاع ، يقال : نشز من

مكانه نشوزاً بالوجهين اذا ارتفع عنه ، وقال تعالى « واذا قيل انشزوا فانشزوا » بالضم والكسر ، والنشز بفتحتين المرتفع من الأرض ، والسكون لغـة ، وقال ابن السكيت في باب َفعَل وَفعْل : قعد على نشز من الأرض وَنشْـز وجمع الساكن نُشور مثل فلس وفلوس ، ونشاز مثل سهم وسهام وجمع المفتوح أنشاز مثل سبب وأسبـاب ، وأنشزت المكان بالألف رفعته ، واستعير ذلك للزيادة والنمو ، فقيل : أنشز الرضاع العظم وأنبت اللحم .

أما حـديث أبي هريرة رضى الله عنه فقد قال النووى : رواه أبو داود على شرط البخارى ومسلم بلفظ « لا يحل لمسلم أن يهجر أخاه فوق ثلاث ، فمن هجر فوق ثلاث فمات دخل النـار » وفي رواية عند أبي داود له أيضاً بلفظ « لا يحل لمؤمن أن يهجر مؤمناً فوق ثلاث ، فإن مرت به ثلاث فليلقه وليسلم عليه ، فان رد عليه السـلام فقد اشتركا في الأجر ، وان لم يرد عليه فقد باء بالاثم وخرج المسلم من الهجرة » .

قال أبو داود : اذا كانت الهجرة لله تعـالى فليس من هذا في شيء ، وفي الصحيحين عن أنس بلفظ « لا تقاطعوا ولا تدابروا ولا تباغضوا ولا تحاسدوا وكونوا عباد الله اخواناً ، ولا يحل لمسلم أن يهجر أخاه فوق ثلاث » وفيهما عن أبي أيوب بلفظ « لا يحل لمسلم أن يهجر أخاه فوق ثلاث ليال يلتقيان فيعرض هذا ويعرض هذا ، وخيرهما الذي يبدأ بالسلام » .

أما حـديث جابر رضى الله عنه فقد أخرجه مسلم وأصحاب السنن ، وهو من حديث طويل في صفة حجة النبي صلى الله عليه وسـلم وجزء من خطبة الوداع ، ورواه ابن ماجه والترمذى وصححه من حديث عمرو بن الأحوص « أنه شهد حجة الوداع مع النبي صلى الله عليه وسـلم فحمد الله وأثنى عليه ، وذكر ووعظ ثم قال : استوصوا بالنسـاء خيراً فانما هن عندكم عوان ليس تملـكون منهن شيئا غير ذلك الا أن يأتين بفاحشة مبينة ، فان فعلن فاهجروهن في المضاجع واضربوهن ضربا غير مبرح ، فان أطعنكم فلا تبغوا عليهن سبيلا ، ان لكم على نسائكم حقا ولنسائكم عليكم حقا ، فأما حقكم على نسائكم فلا يوطئن فرشكم من تكرهون ولا يأذن في بيوتكم لمن تكرهون ألا وحقهن عليكم أن تحسنوا اليهن

فى كسوتهن وطعامهن ، وقد أخرجه مسلم من حديث أبى هريرة بلفظ « ولا يأذن فى بيته إلا بإذنه » وقد أخرج أحمد وابن جرير والنسائى وأبو داود وابن ماجه والحاكم وصححه والبيهقى عن معاوية بن حيدة القشيرى أنه سأل النبى صلى الله عليه وسلم « ما حق المرأة على الزوج ؟ قال : أن تطعمها إذا طعمت . وأن تكسوها إذا اكتسيت ، ولا تضرب الوجه ولا تهجر إلا فى البيت »

أما الأحكام فقد قال الشافعى رضى الله عنه : قال الله عز وجل « واللاتى تخافون نشوزهن » يحتمل إذا رأى الدلالات فى إيغال المرأة وإقبالها على النشوز فكان للخوف موضع أن يعظها ، فإن أبدت نشوزاً هجرها . فإن أقامت عليه ضربها ، وذلك أن العظة مباحة قبل الفعل المكروه إذا رؤيت أسبابه ، وأن لامؤنة فيها عليها كضربها ، وأن العظة غير محرمة من المرء لأخيه فكيف لامرأته والهجرة لا تكون إلا بما يحل به الهجرة ، لأن الهجرة محرمة فى غير هذا الموضع فوق ثلاث ، والضرب لا يكون إلا ببيان الفعل ، فالآية فى العظة والهجرة والضرب على بيان الفعل تدل على أن حالات المرأة فى اختلاف ما تعاقب فيه من العظة والهجرة والضرب مختلفة ، فاذا اختلفت فلا يشبه معناها الا ما وصفت .

وقال رحمه الله أيضا : وقد يحتمل قوله « تخافون نشوزهن » اذا نشزن نخفتم لجاجتهن فى النشوز أن يكون لكم جمع العظة والهجرة والضرب (قال) واذا رجعت الناشز عن النشوز لم يكن لزوجها هجرتها ولا ضربها ، لأنه انما أبيحا بالنشوز ، فاذا زايلته فقد زايلت المعنى الذى أبيحا له به .

قال الربيع : أخبرنا الشافعى قال : أخبرنا سفيان عن ابن شهاب عن عبد الله ابن عبد الله بن عمر عن اياس بن عبد الله بن أبى ذباب قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « لا تضربوا اماء الله ، قال فأتاه عمر بن الخطاب رضى الله عنه فقال : يا رسول الله ذئر النساء على أزواجهن ، فأذن فى ضربهن ، فأطاف بآل محمد عليه الصلاة والسلام نساء كثير كلهن يشتكين أزواجهن ، فقال النبى صلى الله عليه وسلم : لقد أطاف الليلة بآل محمد نساء كثير أو قال سبعون امرأة كلهن يشتكين فلا تجدون أولئك خياركم »

قال الشافعى : فجعل لهم الضرب وجعل لهم العفو ، وأخبر أن الخيار ترك

الضرب اذا لم يكن لله عليها حد على الوالى أخذه ، وأجاز العفو عنها فى غير حد فى الخير الذى تركت حظها وعصت ربها . اه

اذا ثبت هذا فإنه اذا ظهر من المرأة النشوز بقول أو فعل وعظها . فأما النشوز بالقول فهو أن يكون من عادته اذا دعاها أجابته بالتلبية ، واذا خاطبها أجابت خطابه بكلام جميل حسن ، ثم صارت بعد ذلك اذا دعاها لا تجيب بالتلبية واذا خاطبها أو كلمها تخاشنه القول ، فهذه أمارات النشوز بالقول

وأما أمارات النشوز بالفعل فهو أن يكون من عادته اذا دعاها الى الفراش أجابته ببشاشة وطلاقة وجه ، ثم صارت بعد ذلك متجهمة متكرهة ، أو كان من عاداتها اذا دخل اليها قامت له وخدمته ، ثم صارت لا تقوم له ولا تخدمه ، فإذا ظهر له ذلك منها فانه يعظها ولا يهجرها ولا يضربها ، هذا قول عامة أصحابنا وقال الصيمرى : اذا ظهرت منها أمارات النشوز فله أن يجمع بين العظه والهجران ، والأول هو المشهور ، لأنه يحتمل أن يكون هذا النشوز تفعله فيما بعد ، ويحتمل أن يكون لضيق صدر من أولادها أو من جاراتها أو أقربائها أو نحو ذلك من شغل قلب أو قلق خاطر نشزت منه ، بأن دعاها فامتنعت منه ، فان تكرر ذلك الامتناع منها فله أن يهجرها ، وله ان يضربها . والأصل فيه قول الله تعالى « واللاتى تخافون نشوزهن فعظوهن واهجروهن فى المضاجع واضربوهن » الآيه

وان نشزت منه مرة واحدة فله ان يهجرها . وهل له ان يضربها ؟ فيه قولان

(أحدهما) ليس له أن يضربها . وبه قال أحمد . لانها لا تستحق الا العقوبه المساويه لفعلها . بدليل انها لا تستحق الهجران لخوف النشوز فكذلك لا تستحق الضرب بالنشوز مرة واحدة . فعلى هذا يكون ترتيب الايه : واللاتى تخافون نشوزهن فعظوهن واهجروهن فى المضاجع اذا نشزن . واضربوهن اذا أصررن على النشوز .

(والثانى) له ان يضربها . قال العمرانى وغيره : وهو الاصح . لقوله تعالى « واللاتى تخافون » الايه

فظاهر الآيه ان له فعل الثلاثة الاشياء لخوف النشوز . فدل الدليل على انه

يضربها ويهجرها عند خوف النشوز . وهذه الآية على ظاهرها إذا نشزت لأنها معصية يحل بها هجرانها وضربها كما لو تكرر منها النشوز

إذا ثبت هذا فالموعظة أن يقول لها : ما الذى منعك عما كنت آلفه من برك وما الذى غيرك ، اتقى الله وارجعى إلى طاعتى ، فإن حق واجب عليك ، ونحو ذلك من عبارات الوعظ ، وتذكيرها بما يعده الله للآثمين والآثمات من حساب يوم تتساوى الأقدام فى القيام لله ، ويعلم كل امرىء ما قدمت يداه .

والهجران هو أن لا يضاجعها فى فراش واحد لقوله تعالى « واهجروهن فى المضاجع » ولا يهجر بالكلام ، فإن فعل لم يزد على ثلاثة أيام ، فإن زاد عليها أثم ، لما روى أن النبي (ص) نهى أن يهجر الرجل أخاه فوق ثلاثة أيام .

وأما الضرب فقال الشافعى : لا يضربها ضرباً مبرحاً لا مدمياً ولا مدمناً ويتقى الوجه . فالمبرح الفادح الذى يخشى تلف النفس منه أو تلف عضو أو تشويهه ، والمدمى الذى يجرح فيخرج الدم ، والمدمن أن يوالى الضرب على موضع واحد . لأن القصد منه التأديب . ويتوقى الوجه لأنه موضع المحاسن ويتوقى المواضع المخوفة .

قال الشافعى : ولا يبلغ به حداً . ومن أصحابنا من قال : لا يبلغ به الأربعين لأنه حد الخمر ، ومنهم من قال لا يبلغ به العشرين لأنه حد العبد ؛ لأنه تعزير . وليس للرجل أن يضرب زوجته على غير النشوز بقذفها له أو لغيره ، لأن ذلك إلى الحاكم ، والفرق بينهما أن النشوز لا يمكن إقامة البينة عليه ، بخلاف سائر جناياتها .

إذا ثبت هذا فإن النبي صلى الله عليه وسلم قال « لا تضربوا إماء الله » . وروى عن عمر رضى الله عنه أنه قال « كنا معشر قريش لا يغلب نساؤنا رجالنا ، فقدمنا المدينة فوجدنا نساءهم يغلبن رجالهم ، فخالط نساؤنا نساءهم فذئرن على أزواجهن فأتيت النبى صلى الله عليه وسلم وقلت ذئر النساء على أزواجهن ، فأذن رسول الله صلى الله عليه وسلم بضربهن . قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لقد أطاف آل محمد سبعون امرأة كلهن تشتكين أزواجهن وما تجدون أولئك بخياركم »

فإذا قلنا يجوز نسخ السنة بالكتاب فيحتمل أن يكون النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن ضربهن ثم نسخ الكتاب السنة بقوله « واضربوهن » ثم أذن رسول الله صلى الله عليه وسلم فى ضربهن موافقة الكتاب ، غير أنه يحمل تركه أولى بقوله وما يجدون أولئك بخياركم

وإن قلنا إن نسخ السنة لا يجوز بالكتاب احتمل أن يكون النهى عن ضربهن متقدماً ثم نسخه النبي صلى الله عليه وسلم وأذن فى ضربهن ثم ورد الكتاب للسنة فى ضربهن . ومعنى قوله « ذئر النساء على أزواجهن » أى اجترأن عليهم . قال الصيمرى : وقيل فى قوله تعالى : وللرجال عليهن درجة سبعة تأويلات .

(أحدها) أن حل عقدة النكاح اليه

(الثانى) أن له ضربها عند نشوزها

(الثالث) أن عليها الإجابة إذا دعاها إلى فراشه ، وليس عليه ذلك

(الرابع) أن له منعها من الخروج ، وليس لها ذلك

(الخامس) أن ميراثه على الضعف من ميراثها

(السادس) أن لو قذفها كان له إسقاط حقها باللعان . وليس لها ذلك

(السابع) موضع الدرجة اشتراكهما فى لذة الوطء ، واختص الزوج بتحمل مؤنة الصداق والنفقة والكسوة وغير ذلك اهـ

وعن عبد الله بن زمعة قال ، قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « أيضرب أحدكم إمرأته كما يضرب العبد ثم يجامعها فى آخر اليوم » اخرجه الشيخان وقال العلامة صديق حسن خان « فى هذا دليل على أن الأولى ترك الضرب للنساء فإن احتاج فلا يوالى بالضرب على موضع واحد من بدنها ، وليتق الوجه لأنه يجمع المحاسن ، ولا يبلغ بالضرب عشرة أسواط .

وقيل ينبغى ان يكون الضرب بالمنديل واليد ، ولا يضرب بالسوط والعصا وبالجملة فالتخفيف بأبلغ شىء أولى فى هذا الباب

وبعد هـذا لا يسأل الرجل الملتزم بالشرع عن ضرب امرأته لمـا أخرجه أبو داود عن ابى هريرة رضى الله عنه ان النبي صلى الله عليه وسلم قال « لا يسأل الرجل فيما ضرب امرأته »

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصـل) وإن ظهرت من الرجل أمارات النشوز لمرض بها أو كبر سن ورأت أن تصالحه بترك بعض حقوقها من قسم وغـيره جاز ، لقوله عز وجل « وان امرأة خافت من بعلها نشوزاً أو اعراضا فلا جناح عليهما أن يصلحا بينهما صلحا » قالت عائشة رضى الله عنها : أنزل الله عز وجل هذه الآية فى المرأة اذا دخلت فى السن فتجعل يومها لامرأة أخرى ، فإن ادعى كل واحد منهما النشوز على الآخر أسكنهما الحاكم الى جنب ثقة ليعرف الظالم منهما فيمنع من الظلم ، فان بلغا الى الشتم والضرب بعث الحاكم حكمين للإصلاح أو التفريق ، لقوله عزوجل « وان خفتم شقاق بينهما فابعثوا حكما من أهله وحكما من أهلها ، ان يريدا اصلاحا يوفق الله بينهما » واختلف قوله فى الحكمين فقال فى أحد القولين : هما وكيلان فلا يملكان التفريق الا باذنهما ، لأن الطلاق الى الزوج ، وبذل المال الى الزوجة فلايجوز الا باذنهما ، وقال فى القول الآخر : هما حاكمان فلهما أن يفعلا ما يريان من الجمع والتفريق ، بعوض وغـير عوض ؛ لقوله عز وجل « فابعثوا حكما من أهله وحكما من أهلها » فسماهما حكمين ، ولم يعتبر رضا الزوجين .

وروى عبيدة أن عليا رضى الله عنه بعث رجلين فقال لهما أتريان ماعليكما ، عليكما ، ان رأيتما أن تجمعا جمعتما ، وان رأيتما ان تفرقا فرقتما ، فقال الرجل : اما هذا فلا ، فقال كذبت لا والله ولا تبرح حتى ترضى بكتاب الله عز وجل لك وعليك ، فقالت المرأة : رضيت بكتاب الله لى وعلى ، ولانه وقع الشقاق واشتبه الظالم منهما فجاز التفريق بينهما من غير رضاهما ، كما لو قذفها وتلاعنا ، والمستحب ان يكون حكما من اهله وحكما من اهلها للآية ، ولانه روى انه وقع بين عقيل بن ابى طالب وبين زوجته شقاق ، وكانت من بنى امية ، فبعث عثمان رضى الله عنه حكما من اهله وهو ابن عباس رضى الله عنه ، وحكما من اهلها وهو معاوية رضى الله عنه ، ولان الحكمين من اهلهما اعرف بالحال ، وان كان من غير اهلهما جاز لأنهما فى احد القولين وكيلان وفى الآخر حاكمان ، وفى الجميع يجوز ان يكونا

من غير أهلهما ، ويجب أن يكونا ذكرين عدلين لأنهما فى أحد القولين حاكمان وفى الآخر وكيلان ، إلا أنه يحتاج فيه إلى الرأى والنظر فى الجمع والتفريق ، ولا يكمل لذلك إلا ذكران عدلان ، فإن قلنا : إنهما حاكمان لم يجز أن يكونا إلا فقيهين ، وإن قلنا : انهما وكيلان جاز أن يكونا من العامة ، وان غاب الزوجان — فان قلنا : انهما وكيلان — نفذ تصرفهما كما ينفذ تصرف الوكيل مع غيبة الموكل ، وان قلنا : انهما حاكمان لم ينفذ حكمهما ، لأن الحكم للغائب لا يجوز ، وان جنتا لم ينفذ حكم الحكمين ، لأنهما فى أحد القولين وكيلان . والوكالة تبطل بجنون الموكل . وفى القول الآخر : حاكمان الا أنهما يحكمان للشقاق وبالجنون زال الشقاق .

(الشرح) فى قوله تعالى « وان امرأة خافت من بعلها نشوزاً أو اعراضاً » الآية . أخرج أحمد والبخارى ومسلم عن عائشة عليها السلام قالت : هى المرأة تكون عند الرجل لا يستكثر منها فيريد طلاقها ويتزوج غيرها تقول له : أمسكنى ولا تطلقنى ثم تزوج غيرى وأنت فى حل من النفقة علىّ والقسم لى . فذلك قوله تعالى « فلا جناح عليهما أن يصلحا بينهما صلحا والصلح خير » وفى رواية قالت « هو الرجل يرى من امرأته ما لا يعجبه كبراً أو غيره فيريد فراقها فتقول : أمسكنى واقسم لى ما شئت . قالت فلا بأس اذا تراضيا » .

وأما قوله تعالى « وان خفتم شقاق بينهما فابعثوا حكما من أهله وحكما من أهلها » الآية . فان أصل الشقاق ان كل واحد منهما يأخذ غير شق صاحبه ، أى ناحية غير ناحيته ، وأضيف الشقاق الى الظرف لإجرائه مجرى المفعول به . كقوله تعالى « بل مكر الليل والنهار » وقولهم « يا سارق الليلة أهل الدار » والخطاب للأمراء والحكام . والضمير فى قوله بينهما للزوجين لانه قد تقدم ذكر ما يدل عليهما ، وهو ذكر الرجال والنساء .

أما أحكام الفصل : فان ظهر من الزوج أمارات النشوز بأن يكلمها بخشونة بعد أن كان يلين لها فى القول أو لا يستدعيها الى الفراش كما كان يفعل الى غير ذلك . فلا بأس أن تترك له بعض حقها من النفقة والكسوة والقسم ، لتطيب

بذلك نفسه ، فإذا ظهر من الزوج النشوز بأن منعها ما يجب لها من نفقة وكسوة وقسم وغير ذلك أسكنها الحاكم إلى جنب ثقة عدل ليستوفى لها حقها ، وإن ادعى كل واحد منهما على صاحبه النشوز بمنع ما يجب عليه أسكنها الحاكم إلى جنب ثقة ليشرف عليهما : فإذا عرف الظالم منهما منعه من الظلم ـ هكذا أفاده العمرانى وغيره ، فاذا تجاوز الأمر حده إلى التشاتم أو الضرب أو تمزيق الثياب بعث الحاكم حكمين ليجمعا بينهما أو يفرقا لقوله تعالى « وإن خفتم شقاق بينهما فابعثوا حكما من اهله وحكما من أهلها »

قال العلامة صديق حسن خان فى نيل المرام : فابعثوا إلى الزوجين حكما يحكم بينهما ممن يصلح لذلك عقلا ودينا وإنصافا ، وإنما نص الله سبحانه على أن الحكمين يكونا من أهل الزوجين لأنهما أقرب لمعرفة أحوالهما ، وإذا لم يوجد من أهل الزوجين من يصلح للحكم بينهما كان الحكمان من غيرهم ، وهذا إذا أشكل أمرهما ولم يتبين من هو المسىء منهما ؛ فأما إذا عرف المسىء فانه يؤخذ لصاحبه الحق منه ، وعلى الحكمين أن يسعيا فى إصلاح ذات البين جهدهما ، فان قدرا على ذلك عملا عليه ، وإن أعياهما إصلاح حالهما ورأيا التفريق بينهما جاز لهما ذلك من دون أمر الحاكم ولا توكيل بالفرقة من الزوجين ، وبه قال مالك والأوزاعى وإسحاق ، وهو مروى عن عثمان وعلى وابن عباس والشعبى والنخعى ، وحكاه ابن كثير عن الجمهور ، قالوا : لأن الله تعالى قال : فابعثوا حكما من أهله وحكما من أهلها ، وهذا نص من الله على أنهما قاضيان لا وكيلان ولا شاهدان .

وقال الكوفيون وعطاء وابن زيد والحسن — وهو أحد قولى الشافعى — إن التفريق هو إلى الإمام أو الحاكم فى البلد ، لا اليهما ، مالم يوكلهما الزوجان أو يأمرهما الامام والحاكم ، لأنهما رسولان شاهدان فليس اليهما التفريق ، ويرشد إلى هذا قوله تعالى : إن يريدا — أى الحكمان — إصلاحا بين الزوجين يوفق الله بينهما ، أى يوقع الموافقة بين الزوجين حتى يعودا الى الألفة وحسن العشرة والوئام ، ومعنى الإرادة خلوص نيتهما وصدق عزمهما لإصلاح ما بين

الزوجين ، وقيل : ان الضمير فى قوله تعالى : يوفق الله بينهما ، للحكمين ، كما فى قوله : ان يريدا اصلاحا : أى يوفق الله بين الحكمين فى اتحاد مقصودهما ، وقيل كلا الضميرين للزوجين ، أى ان يريدا إصلاح مابينهما من الشقاق أوقع الله تعالى بينهما الألفة والوفاق ، واذا اختلف الحكمان لم ينفذ حكمهما ، ولا يلزم قولهما بلا خلاف .

قال فى البيان : وهل هما وكيلان من قبل الزوجين أو حاكمان من قبل الحاكم فيه قولان (أحدهما) أنهما وكيلان من قبل الزوجين ؛ وبه قال أبو حنيفة وأحمد لما روى عبيدة السلمانى قال : جاء الى على بن أبى طالب رجل وامرأة ومع كل واحد منهما فيام من الناس بغير جماعة ، فقال على كرم الله وجهه : ابعثوا حكماً من أهله وحكماً من أهلها ، ثم قال للحكمين : أتدريان ماعليكما ؟ ان رأيتما أن تجمعا ، وان رأيتما : أن تفرقا ، فقالت المرأة : رضيت بكتاب الله لى وعلىّ ، وقال الرجل : أما الجمع فنعم ، وأما التفريق فلا ، فقال على : كذبت لا والله لا تتزوج حتى ترضى بكتاب الله لك وعليك فاعتبر رضاه ، ولأن الطلاق بيد الزوج ، وبذل العوض بيد المرأة ، فافتقر الى رضاهما ، فعلى هذا لا بد أن يوكل كل واحد منهما الحاكم من قبله على الجمع أو التفريق (والثانى) أنهما حكمان من قبل الحاكم ، وبه قال مالك والأوزاعى واسحاق ، وهو الأشبه لقوله تعالى « فابعثوا حكما من أهله وحكما من أهلها » وهذا خطاب لغير الزوجين وسماهما الله تعالى حكمين ، فعلى هذا لا يفتقر الى رضى الزوجين اه .

اذا ثبت هذا : فان الحكمين يخلو كل واحد منهما بأحد الزوجين وينظر ما عنده ، ثم يجتمعا ويتشوران ، فان رأيا الجمع بينهما لم يتم الا بالحكمين ، وان رأيا التفريق بينهما - فان رأيا أن يفرقا فرقة بلا عوض أوقعها الحاكم من قبل الزوج ، وان رأيا أن يفرقا بينهما بعوض بذل الحاكم من قبلها العوض عليها ، وأوقع الحاكم من قبل الزوج الفرقة . والمستحب أن يكونا من أهلهما الآية . ولأنهما أعلم بباطن أمرهما . وان كانا من غير أهلهما جاز ، لأن الحاكم والوكيل يصح أن يكون أجنبيا . ولا بد أن يكونا حرين مسلمين ذكرين عدلين ، لأنا - ان قلنا انهما حاكمان - فلا بد من هذه الشرائط . وان قلنا انهما وكيلان الا انه

وكيل من قبل الحاكم فلا بد من أن يكون كاملا . قال الشيخ أبو إسحاق الشيرازى فإن قلنا : إنهما حاكمان فلا بد أن يكونا فقيهين ، وإن قلنا : إنهما وكيلان ، جاز أن يكونا من العامة ، وإن غاب الزوجان أو أحدهما — فإن قلنا : إنهما وكيلان صح فعلهما ؛ لأن تصرف الوكيل يصح بغيبة الموكل ، وإن قلنا إنهما حاكمان لم يصح فعلهما . لأن الحكم لا يصح للغائب ، وان صح الحكم عليه ، لأن كل واحد منهما محكوم له وعليه ، وإن جنا أو أحدهما لم يصح فعلهما ، لأنه ان قلنا انهما وكيلان بطلت وكالة من جن من موكله ، وان قلنا انهما حاكمان ، فإنهما يحكمان للشقاق ، وبالجنون زال الشقاق ، وان لم يرضيا أو أحدهما — فإن قلنا : انهما حاكمان لم يعتبر رضاهما . وان قلنا : انهما وكيلان ولم يجبرا على الوكالة فينظر الحاكم فيما يدعيه كل منهما ، فإذا ثبت عنده استوفاه من الآخر . وان كان لهما أو لأحدهما حق على الاخر من مهر أو دين لم يصح للحكمين المطالبة به الا بالوكالة قولا واحداً كالحاكم ، والله تعالى أعلم بالصواب وهو حسبنا ونعم الوكيل .

تمّ الجزء السادس عشر ويليه الجزء السابع عشر